ISDS 条項批判の検討—ISDS 条項は TPP 交渉参加を拒否する根拠となるか—

監修：濵本正太郎 京都大学大学院法学研究科教授
著者：有馬幸菜・高田陽奈子・武田直記・飛松直樹
中岡崇・二杉健斗・山西明彦・山村雄一

I. はじめに 3
II. 投資仲裁とはどのような制度か 3
A. 仲裁手続の流れ 4
B. 問題となる義務内容 5
III. 投資仲裁制度の根幹への批判 5
A. 投資仲裁は「米国のルール」が適用される「治外法権」か 5
1. 問題の所在 5
2. 何故、投資家が国家を直接訴えることのできる制度が必要なのか 7
3. 国際投資法は「米国主導」のルールか 8
B. 投資仲裁は外国人投資家に過剰な権利を与える制度か 11
1. 投資家に複数の救済手段があることについて 12
2. 投資家は国内裁判を回避できることについて 13
C. 仲裁人の責任 (accountability) の問題 14
1. 問題の所在 14
2. 仲裁人は責任を負わないのか 15
IV. 投資協定の運用の実態 16
A. 仲裁廷は投資保護を優先し、環境・健康を軽視しているか 16
1. Metalclad 対メキシコ (2000) 16
2. S.D. Myers 対カナダ (2002) 19
3. Tecmed 対メキシコ (2003) 19
4. Ethyl 対カナダ (1998) 21
5. Phillip Morris 対オーストラリア (2011 申立) 21
6. Chemtura 対カナダ (2010) 22
7. 小括 24
B. 仲裁廷の解釈は当事国の意思を無視しているか 24
1. Tecmed 対メキシコ (2003) 24
2. Occidental 対エクアドル (2004) 25
3. Pope and Talbot 対カナダ (2001) 26
4. 小括 28
V. 仲裁手続に対する批判 29

A. 投資仲裁の透明性 29
1. ICSID 条約 31
2. UNCITRAL 規則 33
3. 個別の投資協定 35
B. 第三国投資家による「条約漁り」の危険 36
1. 問題の所在 36
2. Saluka 事件と「条約漁り」 38
3. 利益否認条項による解決 39
C. 仲裁判断の予測可能性と一貫性 41
1. 投資仲裁における「判例法」の有無 41
2. 問題の所在 — 「二国間」投資協定の遍在 42
3. 同一事実への同一規範の適用 43
(a) 緊急避難を認めなかった事案（CMS 事件、Enron 事件、Sempra 事件） 44
(b) 例外条項による正当化を認めた事案（LG&E 事件） 45
4. 相反する条約解釈 46
(a) 何故矛盾が生じたのか 47
(b) 条約解釈の予測可能性の向上 47
5. 相反する事実認定 48
D. 仲裁費用負担 49
1. 賠償額に対して費用が遥かに多額である場合 50
2. 明らかに主張の根拠を欠く投資家により仲裁が申し立てられた場合 51
3. 小括 52
E. 仲裁判断の終局性 52
1. 問題の所在 52
2. 何故上訴が認められていないか 53
3. 上訴以外の「不服申立」手続 54
(a) 取消手続の創造的利用？ 54
(b) 「上訴審」としての国家間仲裁？ 54
4. 小括 56
VI. 結論 56
VII. 付録 — 投資仲裁判断例要約 57
1. S.D. Myers 対カナダ (2002) 57
2. Tecmed 対メキシコ (2003) 57
3. Loewen 対アメリカ合衆国 (2006) 58
4. Pac Rim Cayman LLC 対エル・サルバドル (2012) 58

I. はじめに

昨今、我が国ではTPP（環太平洋戦略的経済連携協定）の交渉に参加することの是非が盛んに議論されている。TPP交渉参加に反対する論者の中には、その論拠として、外国投資家が投資受け入れ国を直接相手取って、投資保護に関する義務違反を投資仲裁に訴えることができるとする、ISDS条項[1]の存在を挙げるものが多い。

あくまで、TPP や ISDS 条項が、それを受け入れることができないほどに危険で有害なものと見るか否かは政治的判断に服する程度問題である。しかし、TPP によって日本が得られる国益と、失われる利益を天秤にかけて参加の是非を決定するとき、投資仲裁という国際法上の法制度や、その実際の運用に対する正確な理解は必要不可欠である。

そこで本稿[2]では、投資仲裁とはどのような制度なのか (II) 、投資仲裁制度の根幹への批判 (III) 、投資協定の運用の実態 (IV) 、仲裁の申立から判決執行に至るまでの手続きは適切であるか (V) を検討し、それぞれについて提出される批判・疑問を法的観点から検証していく。最後に結論を述べ、今後のTPP参加に関する議論への影響について述べたい (VI) 。また、本稿は国際投資法の非専門家も読者として想定し、仲裁判断例を引用する際は可能な限り日本語での評釈を付すよう心がけた。残念ながら日本語での評釈が存在しない事例については、付録という形で要約を掲載しているので、適宜ご参照願いたい (VII)。

なお、本稿の主たる目的は投資仲裁制度の法的な解釈にあり、その前提にある投資自由化の是非といった政治的・経済的問題について意見を述べるものではない。また、貿易や知的財産など、TPP の投資に関する章（「投資章」）以外の部分についても対象とはしない。

それでは、まず投資仲裁とは何なのか、具体例を見ながら確認していこう。

II. 投資仲裁とはどのような制度か

とある外国企業 A 社（A 社の母国は TPP に加盟）が、日本からの輸出目的で天然水を採取・購入する契約を日本の地方公共団体 B と結んだとする。A 社は、水の採取・輸送などを行うべく、多額の設備投資などを行う。しかし、A 社が操業を始める前に、地域住民の強硬な反対と一部利益団体からの圧力により、地方公共団体 B が、突如 A 社への水の販売を拒否してしまう。結果、A 社は大きな損害を被ってしまった。

上記は実際の事件を参考にした架空の事例であるが[3]、このような場合、通常A社は、地

---

[1] しばしば誤って「ISD 条項」と言われることがあるが、正確には ISDS（Investor-State Dispute Settlement: 投資家対国家紛争処理）条項である。本稿において引用を行う際、「ISD 条項」との記述は訂正せずそのまま記載する。

[2] 本稿は、京都大学法学部 2012 年度前期演習（国際機構法）「国際投資法仲裁判断例研究」（濵本正太郎・京都大学大学院法学研究科教授）においてなされた議論を土台に、濵本教授の監修のもと、ゼミ生 8 名（京都大学法学部 3・4 回生）が分担執筆を行ったものである。本稿のダイジェストが JCA ジャーナル 59 巻 12 号（2012）に掲載されている。なお、本稿にありうるいかなる誤りも、著者らの責任である。

[3] 「ブリティッシュコロンビア州政府が、サンベルトウォーターと契約を結んで、数億万ガロンの水の輸出の契約をした。それを州政府があるとき停止をしたために、利害が損なわ

方公共団体を相手取り、日本国内法上の義務違反を、日本の国内裁判所に提訴することとなる。しかし、一方でTPPの中に存在するであろうISDS条項は、A社が日本国を相手取り、TPP即ち国際法上の義務違反について、TPP即ち条約に基づく仲裁廷に訴えることを可能にしているのである。以下では、(A) 訴訟の流れ、 (B) どのような義務の違反が問題とされるか、を簡単に説明する。

A. 仲裁手続の流れ

ISDS条項は、国家間条約たる投資協定（IIA: International Investment Agreement。二国間のものはBIT: Bilateral Investment Treatyと呼ばれることも多い。）に置かれることの多い条項であり、投資家が、受入国と紛争を抱えた場合、一定の期間の交渉による解決が失敗したことなどを条件として、受入国を被申立国として仲裁を行う権利を定めるものである。投資家は、ICSID条約[4]、ICSID追加的利用手続き[5]、UNCITRAL仲裁規則[6]など、当該ISDS条項に列挙された仲裁規則のいずれかに基づく仲裁を選択することになり、選択後はその仲裁規則に従って手続きが進行することになる[7]。

まずは、仲裁人が選任される[8]。通常は、投資家と被申立国が 1 人ずつを選出し、3 人目の仲裁人は両者の合意により決定される。次に、3 人の仲裁人の多数決により、仲裁地が選定される。

仲裁廷が設置されると、仲裁廷はまず、付託された投資紛争について、仲裁廷が管轄権を有するか否かを判断する。管轄権が肯定されれば、受入国による義務違反の有無と、さらに義務違反が認定された場合、賠償額の算定が行われる。

判断が出た後は、仲裁には上訴はないが、一定の条件のもと、ICSID 仲裁の場合には特別委員会により判断が取り消されることがあり（ICSID 条約 52 条）、それ以外の規則に基づく

れたということで、サンベルトウォーターが、カナダ政府を訴え賠償請求として 105 億ドルを請求したという案件でございます。この他にもたくさんこういう訴訟が実際に ISD 条項で起きてるんですね。これから我が国日本も、国内的には、海外の外国企業が日本の北海道や長野県の水資源の近隣の土地を、買収に入ってきてるという問題があるわけであります。そういう中で、こういう NAFTA で実際に水ビジネスで訴訟が起きているという事例があるんですね。」（佐藤ゆかり議員発言『第 179 回参議院予算委員会会議録』第 2 号 12 頁（平成 23 年 11 月 11 日））

[4] 正式名称はConvention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States である。

[5] 正式名称は Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the International Centre for Settlement of Investment Disputes。ICSID 条約非締約国または非締約国の国民との投資紛争の場合に利用できる紛争解決手続である。

[6] 正式名称は Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law。1976 年に作成され、2010 年に改正されている。

[7] なお、仲裁廷の構成、選出方法、情報公開などについて、投資協定に特別に規定を置くことで、ICSID 条約などがそれぞれ定める手続きに修正を加えることもできる。

[8] 手順などについて例えば、日韓投資協定の第 14 条 3 項、日本カンボジア投資協定第 16 条などを参照。

仲裁の場合は、仲裁地の国内裁判所により取り消されたり、承認・執行の申立がなされた国の国内裁判所により承認・執行が拒否されたりすることがある（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）5 条）。

判断が確定すると、判決の執行が行われることになる（ICSID 条約 53-55 条、ニューヨーク条約 3 条）。

B. 問題となる義務内容

投資協定に基づく仲裁が適用する法規範は基本的には当該投資協定であり、頻繁に問題となる義務内容としては、主に次の 4 つが挙げられる。(1) 収用の際の補償義務 — 国家への所有権の移転がなくとも、収用と同様の効果があれば収用として扱われる。(2) 公正衡平待遇 — 投資家の合理的な期待を恣意的に裏切らないことなどが求められる。(3) 内国民待遇 — 投資家に自国民（企業など）と同等の扱いを与える義務。(4) 義務遵守条項 — 国家が投資家を相手に行った約束（国内法上の契約など）を遵守する義務。

冒頭の仮想事例では、A 社は仲裁廷において、日本が協定上のこれらの義務に違反すると主張することができるだろう。

このような投資仲裁が日本にとって有害な制度であるかは、以下で詳細に検討していく。

III. 投資仲裁制度の根幹への批判

投資仲裁はおおよそ上で見たような制度であるが、そもそもその根幹的部分に疑問を投げかける批判がある。そもそも国際法が適用されることは米国の規則への従属ではないか、そもそも外国人投資家だけが仲裁廷にアクセスできるのは不公平ではないか、そもそも日本国民が責任を問うことのできない外国人の仲裁人が、何故日本を裁けるのか、といった批判である。これら 3 つの前提問題をまず検討しよう。

A. 投資仲裁は「米国のルール」が適用される「治外法権」か

1. 問題の所在

2011 年 11 月、野田首相が ISDS 条項を「寡聞にして知らなかった」と述べた参議院予算委員会で、佐藤ゆかり議員は次のように発言した。

「ISD条項の方が日本の国内法より優越してくるわけでありますから、非常にこれはある意味危険で、時期尚早な判断というのは、野田総理、是非避けていただかなければいけないなというふうに思うわけであります。（中略）要するに、国内法は曲げられる、治外法権を含む、そういうISD条項を含むTPP協定だということを明言をしておきたいと思います。[9]」

公益を反映した国内法・政策の「正しさ」が、条約（恐らく国民の民主的統制が及びにくいということが含意されているのであろう）により判断されるということは、自国に関

[9] 佐藤ゆかり議員発言『第 179 回参議院予算委員会会議録』第 2 号 14 頁（平成 23 年 11 月 11 日）

わる事項を自国の法律・裁判所で管理できない、つまり「立法権や裁判権の空洞化につながり」[10]、仲裁廷による「治外法権」を認めることになるという批判である。また、特にTPPの場合、「米国主導」のルールであるTPPを受け入れることは米国のルールを押し付けられることになるという批判が付け加わる[11]。

これは、仲裁廷の適用法規 (applicable laws) の問題である。例えば米国・カナダ・メキシコの 3 カ国間で締結された北米自由貿易協定 (NAFTA) 1131 条 1 項は「この節に基づいて設立された仲裁廷は紛争の問題をこの協定及び適用可能な国際法の規則に従って決定するものとする」と規定している。

第一に問題とされているのは、国内法が国際法に優越されて、「曲げられる」という点である。検討されるべきは、これが本当なのかどうか、仮に本当だとして、何が批判されるべきことなのかである。

まず確認しておかなければならないことは、条約の自由な締結はそれ自体主権の特性であり、その適用は法的な意味で「主権侵害」とはなり得ないということ[12]、従って国家は自国の締結した条約を誠実に遵守する国際法上の義務を負うということである[13]。条約である投資協定に違反する国内法・政策は当然に国際法上違法であり、国家は違法行為を中止し、原状回復や損害賠償等責任を履行する義務を負う[14]。

加えて、日本は憲法 98 条 2 項により、国際法を誠実に遵守する国内法上の義務をも負っており、国際法には法律に優位する国内法上の地位が与えられている[15]。（従って、「治外法権」という、自国領域内の事象に対して自国の法秩序が及ばない状態を通常意味する語[16]をこの批判で用いることは法的には不適切であり、現実を見誤らせる危険がある。）

この二つの意味で、仮に日本がTPPに合意した場合、それに違反する政策・国内法は存続を許されず、確かに「曲げられ」ざるを得ない。しかしこのことを否定することは国際法の存在を否定することと同じであって、国際法・日本国憲法の解釈としては受け入れられ

---

[10] 吉田忠智議員発言『第 179 回国会参議院予算委員会会議録』第 4 号 39 頁（平成 23 年 11 月 16 日）。

[11] 中山洋子「TPP の論点 ISD 条項／首相『知らない』／米のルール押し付け懸念」『東京新聞』（2011 年 11 月 5 日朝刊）；有村治子議員発言『第 179 回国会参議院本会議会議録』第 7 号 3-4 頁（平成 23 年 11 月 21 日）。

[12] S.S. Wimbledon (U.K., Fr., Italy & Japan v. Germany), 1923 P.C.I.J. (ser.A) No. 1, at 25 (17 Aug.).

[13] 「合意は守られなければならない (Pacta sunt servanda) 」。条約法に関するウィーン条約（「条約法条約」）26 条。

[14] 国際違法行為に対する国の責任に関する条文（「国家責任条文」）35 条・36 条 (U.N. Doc. A/RES/56/83 (2001), Annex) 。ICSID 条約の場合、それに加えて、金銭上の義務については仲裁判断を自国の裁判所の確定判決とみなして執行する義務を負う（54 条 1 項）。

[15] 日韓漁業協定事件。松江地裁浜田支部平 9・8・15 判決判時 1656 号 59 頁。

[16] 筒井若水編代『国際法辞典』237 頁（有斐閣、1998）。

ない。とすれば第一の批判は、そうした条約を結ぶこと自体に反対していると考えるしかない。換言すれば、外国投資の呼び込みと日本企業の対外進出のもたらす経済的利益は、条約により公共政策の手段を制限することの不利益に釣り合うものではないと主張していると理解される[17]。

投資協定上の実体義務が国家の政策手段にどの程度のインパクトを与えるかについては下で詳細に検討するが[18]、これが投資協定のもたらす経済的便益に見合うものか否かは専ら政策上の判断であって、本稿の範囲を超える。従ってここでは、これが肯定されると仮定した場合に、仲裁廷に国際法の適用を認めることがどのような意味を持つのかを指摘するにとどめたい[19]。

2. 何故、投資家が国家を直接訴えることのできる制度が必要なのか

それは、投資仲裁が、投資受入国が自由に操作できる国内法・国内裁判所から投資紛争を切り離して (delocalization) 投資家保護を図るための制度であるからである。

既に述べたように、投資受入国は当然に外国資本の導入を望んでいると前提される（望まないのであれば IIA を結んで投資を誘致する必要はない）。これに応えようとするのが外国からの投資家であるが、受入国が開発途上国である場合等、その国内法・国内政策の不安定さのため、財産の安全を危惧して躊躇を感じることが少なくなかった。

外国における投資は、少なくとも第一次的には受入国の国内法・政策を枠組として行われる。投資家にとっての一番の問題は、投資受入国がこの枠組をいかようにも変えられるということである。財産権は国有化法により容易に剥奪できる。契約上の債権債務も、その準拠する法律の改廃や新たな強行法規の制定により自由に操作できる。こうした危険は、途上国の不安定な政治体制において革命や政権交代が起こる場合に特に高まる。イランでのアングロイラニアン石油会社の国有化（1951 年）やエジプトでのスエズ運河国有化（1956 年）はその典型例であった。加えて、受入国裁判所では外国人投資家に不利な判決しか得られない場合も少なくない[20]。また、投資家本国が受入国を相手取って国際請求を行う手続である外交的保護権の行使も本国の政治的・外交的判断に委ねられ[21]、不確実である。このままでは投資受入国の投資誘致も、投資家の積極的な対外投資もともに叶わないこととなってしまう。

こうした中で 1966 年に設立されたのが投資紛争解決国際センター (ICSID) であり、上記

---

[17] W.M. Burke-White, *The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System*, 3 ASIAN J. WTO & INT'L HEALTH L.& POL'Y 200, 223 (2008).

[18] 本稿 IV 章。

[19] 以下の記述に関しては、小寺彰「投資協定の現代的意義―仲裁による機能強化」『国際投資協定　仲裁による法的保護』2 頁〔7-9 頁〕（三省堂、2010）；酒井啓亘ほか『国際法』446-52 頁〔濵本正太郎〕（有斐閣、2011）を参照。

[20] A. Reinisch & L. Malintoppi, *Methods of Dispute Resolution, in* THE OXFORD HANDBOOK ON INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 691, 696 (P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer eds. 2008).

[21] 外交的保護に関する条文草案（第二読）2 条 (U.N. Doc. A/61/10, 16, 16) 。

の問題を手続の側面から解決することが図られた。すなわち、法廷を投資受入国裁判所から切り離して仲裁廷を設置し、そこでは投資家が本国の助けを得ずとも直接に投資受入国を相手取って仲裁を提起できる。そして適用法規につき紛争当事者の合意が得られない場合、紛争当事国の国内法に加えて国際法も適用されることとなった（ICSID 条約 42 条）。国際法は、被申立国一国の意思によって事後的に変更することはできず、投資家にとって裁判結果の予測可能性が著しく向上することになる。1990 年代以降の IIA の飛躍的発展による適用される実体法の具体化が投資家の保護をますます拡大しているが、そもそもそれが可能となったのは、国際法による紛争の解決が投資家と投資受入国の利害をバランスするために必要不可欠だと考えられたためなのである。

投資の誘致に政策上のメリットを見出すのであれば、投資家の保護はその政策のために不可欠の手段である。勿論国際法による以外の手段が将来発明されないとも限らないが、今我々の手にある道具の中では国際法による保護が最も現実的であるからこそ、現在の制度に至っているのである。従って、外国投資を法的に保護する政策を採る以上は、国際法によって国内法が「曲げられる」ことを拒否することはできない。

3. 国際投資法は「米国主導」のルールか

今ひとつ、TPPが「米国主導」のルールであると批判されている。確かに、投資協定は新自由主義経済思想に裏打ちされた制度として米国の覇権的リーダーシップにより発展してきたという評価も多い[22]。

ただし、法的な観点から重要なことは、仮に TPP（ここでの問題はその投資章に限られる）あるいは投資協定が米国主導のルールだとして、それが日本にとってどのような意味を持つのかである。歴史的に、国際経済体制とは自然に出来上がるものではなく、一定の影響力を持つ諸国がその利益に従って形成・提供するものであった。日本がそうしたリーダーになれればよい、しかし実際にはそうでないときに、日本には他のリーダーが作る体制への参入を拒否する選択肢しか残されていない、というのは適切ではない。

「米国主導」であるからTPPは拒否するべきだとする批判者は、それにより米国企業の利益だけが守られ、日本の利益は損なわれるばかりであることをその理由とする[23]。これを検証するには、米国にとって理想のBIT、すなわちそのモデルBITを見るのが適当である[24]。モデルBITとは、国家がBIT締結交渉の際に自国の希望として提出する条約案であり、当然その国の利益にその時点で可能な限り適うように起草されているからである。米国の最新

---

[22] M. SORNARAJAH, THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT 20 (3rd ed. 2010); R. GILPIN, GLOBAL POLITICAL ECONOMY UNDERSTANDING THE INTERNATIONAL ECONOMIC ORDER 288 (2001).

[23] 田巻一彦「コラム：TPP 参加は避けて通れず、衡平な仲裁手続き不可欠」ロイター（2011 年 11 月 11 日）<http://jp.reuters.com/article/forexNews/idJPJAPAN-24100120111111>

[24] そのような試みとして、玉田大「TPP における投資保護と投資自由化」ジュリスト 1443 巻 48 頁（2012）。

のモデルBITは、2004 年版を改訂するかたちで 2012 年 4 月に発表されたものである[25]。また、同 6 月にはTPPの交渉草案がリークされ[26]、早くも米国のNGO “Public Citizen”による批判的検討が加えられている[27]。これと米国モデルBITを比較することが「米国主導」説の一検証ともなるだろう。

実は、米国やカナダの最近のモデルBITは、投資家保護から揺れ戻して国家主権とのバランスをとることを重要な目標としている[28]。このことは、2012 年版米国モデルBITが 2004 年版と同様「強力な投資家保護と公益のために規制を行う政府の権限の保全との注意深く調整されたバランス」を維持しているとする米国国務省の説明に表れている[29]。そのため、例えば「投資と環境」と題した 12 条は、1 項で環境法の重要性を、2 項でそれを弱めることにより投資を促進することの不適切性をそれぞれ認め、5 項において「この条約のいかなる規定も、当事国が、その領域内の投資活動が環境問題に対し繊細な方法で (in a sensitive manner to environmental concerns) 行われることを確保するために適当と考える (that it considers) 条約と整合的な措置を採用し、維持し又は執行することを妨げるものと理解されてはならない」と確認する。これと大要同趣旨の規定がTPP草案 12.15 条にも見られる。

Public Citizenは、まずTPP草案のこの条項に対し、「条約と整合的な措置」という部分を取り上げて、「この章の実体義務に違反しない政府の行動に対する防壁に過ぎず、大した防御ではない」[30]、つまり条約上予め認められている行為を重ねて認めているに過ぎず意味がないと批判する。しかし条約違反を正面から認めてしまうと条約の意味がなくなるのであって、これは実体義務の中に既に組み込まれているセーフガードを確認・明確化する規定と理解するべきである[31]。従って、この条項の意味は実体義務の範囲の正確な把握なしには評価できないものであるが、投資協定の実体義務が国家の正当な規制権限・裁量を過度に制約するものではないことは本稿のIV章において説明する。

条約義務からの離脱を認めるのは、環境保護のために必要な措置をとることを認める例外条項や、条約の対象から特定の業種・分野を除外する留保条項に担わされるべき役割で

---

[25] United States Department of State, *Bilateral Investment Treaties and Related Agreements* < http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/188199.htm>

[26] Citizens Trade Campaign <http://www.citizenstrade.org/ctc/wp-content/uploads/2012/06/tppinvestment.pdf>

[27] L. Wallach & T. Tucker, *Public Citizen's Global Trade Watch, Public Interest Analysis of Leaked Trans-Pacific Partnership (TPP) Investment Text* (2012) <http://www.citizen.org/documents/Leaked-TPP-Investment-Analysis.pdf>

[28] M. SORNARAJAH, *supra note* 22, at 174-75. 玄葉光一郎外務大臣もこの認識を共有している（玄葉光一郎外務大臣答弁『第 179 回国会参議院予算委員会会議録』第 4 号 39 頁（平成 23 年 11 月 16 日））。

[29] United States Department of State, *Model Bilateral Investment Treaty* <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/188199.htm>

[30] L. Wallach & T. Tucker, *supra note* 27, at 9.

[31] 米国の締結している BIT の同様の規定について、国家が既に有している一般的非差別的規制権限を確認するものだと説明するものとして、UNCTAD, BILATERAL INVESTMENT TREATIES 1995-2006: TRENDS IN INVESTMENT RULEMAKING 88 & 99 (2007).

ある。この点につき、Public CitizenはTPP草案には「一般的例外 (general exception) 」が（米国モデルBITと同様）含まれていないとも批判する[32]。しかし例外規定の置き方はバリエーションに富んでおり、「一般的例外」がないからといって何らのセーフガードもないとは結論されないし[33]、本稿V-Cで見るように、一般的・包括的な例外条項は必ずしも使い勝手のよいものでもない。その他のオプションとして、環境・健康保護等の措置のレベルを下げることなく投資保護が可能である旨を条約中で確認するというものがあり[34]、国連貿易開発会議 (UNCTAD) の研究は、実体義務がこの文脈で解釈されることにより「リスクを著しく減少させる」と結論づける[35]。TPP草案 12.15 条はまさにこれに該当する例外条項である。Public Citizenは米国がこの規定を支持していないと主張するが[36]、米国モデルBIT (2012) 12 条 2 項に同様の規定があることを想起すれば、主張の根拠は不明である。

またこうした規定に加えて、各当事国が留保する分野を附属書の形で列挙する方式もあるが[37]、例えばチリは通貨安定化のための中央銀行の権利を留保するという附属書を提案しているようである[38]。Public Citizenの分析には「米国はこれら提案を支持していない」とあるが[39]、それを知る術は残念ながらない。

あるいは、国家の規制措置によって投資財産の価値が下落することが「収用と同等の措置」と認められることがあるが、この所謂「間接収用」と正当な規制措置との関係を明確化するものとして、米国モデルBITは附属書B 4 項 (b) において正当な公の福祉の保護を目的とした非差別的な規制措置は「滅多にない状況を除いて (Except in rare circumstances)」間接収用を構成しないという「共通の理解を確認」している。TPP草案附属書 12-C 4 項(b) 及び 12-D 5 項 も同趣旨を定めている[40]。

このように、確かに米国モデルBITとTPPの規定には少なからぬ類似点があり、米国の交渉力の強さを示しているかも知れない。しかしそれが日本にとって一方的に不利なもの否かは別の問題である。Public Citizenは現在の草案は「有害なNAFTA投資章モデルを（そのまま、あるいは殆どそのまま）引き写している」と批判する[41]。しかし、NAFTAや他の投資

---

[32] L. Wallach & T. Tucker, *supra note* 27, at 7.
[33] UNCTAD, *supra note* 31, at 92-93.
[34] 例えば日韓投資協定前文第 5 段落、メキシコ＝スイス BIT 3 条 (1995) 、カナダモデル BIT 11 条 (2004) 等がある。
[35] UNCTAD, *supra note* 31, at 92.
[36] L. Wallach & T. Tucker, *supra note* 27, at 9.
[37] 例として、日韓投資協定 4 条・8 条がある。
[38] *Supra note* 26, Annex 12-I.
[39] L. Wallach & T. Tucker, *supra note* 27, at 7.
[40] 米韓 FTA に類似の規定があることをもって、「ISDS 条項に関する米国をはじめとする各国の経験に基づき、こうした批判への対応策がすでにとられている」とするものとして、菅原淳一「日本の TPP 交渉参加を巡る論争」馬田啓一ほか編『日本の TPP 戦略　課題と展望』134 頁〔145 頁〕（文眞堂、2012）。
[41] L. Wallach & T. Tucker, *supra note* 27, at 3.

協定の下で環境や健康が危険に晒されたと主張される事例の実際のインパクトは、IV章で見る通り、国家の権限を過度に脅かすものではないのである。

もとより、こうした議論は条約交渉に参加して条約文が採択されてからなされるべきものであり、現在わが国で議論されている条約交渉への参加の是非にとっては決定的なものではない。条約文を採択し、それに署名すること（条約法条約 9 条・10 条）と、最終的にそれに拘束される意思を表明すること（条約法条約 11 条以下）は基本的に別個の行為であり、条約交渉に参加したからといって条約を受諾しなければならないわけではないからである[42]。条約文の採択自体、交渉当事国の多数決によりなされる以上、米国の主張がすべて採用されるとは限らない。最終的な内容の分からない条約を恐れて交渉参加自体を遅らせる主張は、条約に参加しないという未決の結論を先取りした議論ではないだろうか。

B. 投資仲裁は外国人投資家に過剰な権利を与える制度か

そもそも投資仲裁という手続を外国人投資家に認めること自体への批判がある。

これは、3 つの側面から検討されうる。第一に、内国投資家は投資仲裁にアクセスできないにも拘わらず、外国人投資家にはそれができ、後者により大きな権利を与える不公平な制度であるとの批判[43]。第二に、外国人投資家は、受入国の国内的救済手段をも利用でき、自己に都合のよい方を選択できるということ（「法廷地漁り (forum shopping) 」と呼ばれる）への批判[44]。第三に、外国人投資家は、国内の救済手段を経ずに投資仲裁にアクセスでき、投資受入国の主権を潜脱しているとの批判である[45]。

確かに、外国人投資家は受入国の領域主権に服して活動する以上、そこで生じた紛争は第一義的に当該国の司法制度に委ねるのが国家主権原理の当然の帰結のようにも思われ、それが故に伝統的な外交的保護制度においては外国人が国内救済を尽くすことが重要な原則として求められてきたという歴史がある[46]。

しかし既に見たように、投資仲裁制度が形成されてきた過程には、こうした特別の制度を設けなければ外国人投資家の実質的で公平な保護が図れず、従ってそのこと自体が外国人投資家にとって実質的に不公平であると同時に、外国資本を導入したい受入国にとっても不利益となるという事情があった。よって、第一の批判は先に検討したものと同様、政策的批判である。

他方で第二・第三の批判は、投資仲裁の制度の存在を一応は認めたうえで、その手続に

---

[42] 大沼保昭『国際法　はじめて学ぶ人のための』74 頁（東信堂、2005）。

[43] Australian Government Productivity Commission, *Bilateral and Regional Trade Agreements: Research Report* 272 (2010) <http://www.pc.gov.au/__data/assets/pdf_file/0010/104203/trade-agreements-report.pdf>

[44] Public Citizen, *NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases Lessons for the Central America Free Trade Agreement* 17 (2005) <http://www.citizen.org/documents/Chapter-11-Report-Final.pdf>

[45] Ibid, at 14 &18.

[46] Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (USA v. Italy) I.C.J. 15, 42 (20 Jul., 1989).

対して加えられている。以下で検討しよう。

1. 投資家に複数の救済手段があることについて

外国人投資家は、内国投資家と異なり、国内手続と仲裁手続の内、自己に有利な方あるいは両方を選択でき、これが「法廷地漁り」であるとして批判される。例えば日韓投資協定 15 条 2 項は、外国人投資家に対して ICSID 条約や UNCITRAL 仲裁規則に基づく仲裁を認める一方、8 項において、同条の規定が受入国の国内手続を利用することを妨げない旨規定する。従って、このような条約においては外国人投資家に複数の選択肢が与えられていることは確かである。

外国人投資家と内国投資家に与えられた手段の数という点からは、確かにこれは一見したところ不公平にも思われる。しかし投資受入国の側から見ると、このことは実際には投資家との紛争をそれに最も密接な関連を有する自国の制度によって自己完結的に解決できる場合があるということを意味し、人的・金銭的・時間的コストを節約できる点でも望ましいことである。

それでもなお外国人投資家の選択肢を制限しようとするなら、それは「fork in the road 条項」と呼ばれる規定により技術的に可能である。これは、投資紛争解決のために一つの救済手続（例えば ICSID による国際投資仲裁）を投資家が選択した場合、同一の紛争を他の手続（例えば国内救済手続）に付託することが不可能となる規定である。例えば米国＝アルゼンチン BIT 7 条では、投資家は当該紛争を国内裁判所又は事前に合意した適用可能な他の紛争解決手段に付託していない場合に限り、ICSID 条約や UNCITRAL 仲裁規則に基づく仲裁を利用できると定めている。この場合、投資家は同一の紛争に関して国内での救済手続と条約に基づく救済手続を並行して進めることはできない。

もっとも、fork in the road条項では、「同一の紛争」を複数のフォーラムに付託することが禁止されるにとどまり、「同一の紛争」と認められなければ並行的手続は可能ということになる。「同一の紛争」と認められるには 3 つの要素（当事者 (*persona*) 、請求 (*petitia*) 、請求原因 (*causa petendi*) ）の同一性を累積的に充足することが一般に求められ、これらの 1 つでも欠けると並行的手続が認められてしまう。例えば、Occidental対エクアドル事件では、投資契約に基づく請求がエクアドル裁判所に付託されていた一方、米国＝エクアドルBITに基づく請求が投資仲裁廷に付託された。仲裁廷は、これらは請求の性質が異なるという理由で「同一の紛争」ではないとし、自らの管轄権を肯定した [47]。

Fork in the Road規定のこうした運用に対しては、紛争の実質を顧みておらず形式的に過ぎるとの批判がある [48]。そのため、外国人投資家の選択肢をさらに制限するための他の手段と

[47] Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, UNCITRAL Arbitration Rules 1976, Final Award, para.57 (1 Jul., 2004).
[48] G.A. ALVAREZ & W.M. REISMAN, THE REASONS REQUIREMENT IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION 218 (2008).

して、「放棄条項 (waiver clause) 」と呼ばれる規定も利用される。これは、例えばNAFTA 1121条 1 項bに見られるように、投資家が投資仲裁手続を利用する条件として、「投資家が（中略）いかなる当事国の法に基づくものであれ、あらゆる行政裁判所又は司法裁判所若しくは他の紛争解決手続において、紛争当事国の措置に関していかなる手続をも開始し又は継続する権利を放棄する (with respect to the measure of the disputing Party) 」ことを求めるものである。Fork in the Road条項と異なり、紛争の同一性ではなく当事国のとった措置に着目して各フォーラムの管轄権を定めているため、契約か条約かという請求の原因に関わりなく並行的手続を回避し得る点で、より実効的である[49]。

このように、法廷地漁りを禁止する手段は数多あり、条約当事国の意図次第で外国人に利用可能な手続を制約することは十分に可能である。もっとも外国人投資家が手続を自由に選択できるようにしておくことは、国家に投資を呼び込むための政策の一つでもあり、並行的手続を認めることの不具合とのバランスにより、そうした条項の強度を調整していくべきである。

2. 投資家は国内裁判を回避できることについて

外国人投資家は、投資受入国領域内で生じた紛争であるにも関わらず国内救済手続を経ることなく国際的な仲裁を申し立てることができる。例えば ICSID 条約 26 条前段により、ICSID 仲裁廷の管轄権を投資契約や投資協定において受け入れることは、原則として他のいかなる救済手段をも排除することへの合意だとみなされるからである。

この規定が設けられたのは、投資仲裁の目的が、外国人投資家にとって国内裁判所による保護が不十分であり、それを経ることの手続的な煩わしさを回避することにあったためである[50]。従って投資仲裁の積極的意義を認めるのであれば、この規定の存在意義も十分に理解できるものである。

もっとも、日本等先進国の司法制度は十分に整備されているので、外国人投資家も日本の裁判所で訴訟を提起すれば問題ないという指摘もあり得る[51]。しかし、外国人投資家にとってみればどれだけ法制度が整備された国であっても、その国の裁判所でその国の政府を訴えることは、困難が伴うことであるし、中立性の観点から不安を感じるのは無理もないことである[52]。投資仲裁を認めることにより、投資家にとってみればこのような不安を解消

---

[49] 阿部克則「二国間投資条約 / 経済連携協定における投資仲裁と国内救済手続との関係」RIETI Discussion Paper Series 07-J-040, 31-32 頁（2007）。NAFTA 1121 条の放棄条項が実際に機能した例として、Waste Management, Inc. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/00/3) Decision of the Tribunal on Mexico's Preliminary Objection concerning the Previous Proceedings, para.27 (2002) がある。

[50] C. Schreuer, *Consent to Arbitration*, *in* THE OXFORD HANDBOOK ON INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 830, 846 (P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer eds. 2008).

[51] *Cf*. Australian Government Productivity Commission, *supra note* 43, at 266 & 276.

[52] 米国の裁判所でさえ、明らかに外国人に差別的な判決が下されることがあるということは注目されるべきである。*See e.g*. Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States

し、投資受入国にとってみれば外国からの投資を国内に呼び込むことが期待できるのである。

また、外国人投資家は国内の政策形成プロセスに参加できないため、仲裁手続による保護を期待することは正当であるとの評価がある[53]。国内企業は、様々な経済団体の活動等を通じて間接的にではあれ、政策形成に関わることも可能であるが、外国人投資家にはこのような活動も難しい。

他方で、ICSID条約 26 条後段は上の原則に対して別段の合意がある場合の例外を設けており、伝統的な外交的保護と同じように、国内救済の完了を要求することも法的には可能である。従って、投資家は常に国内的プロセスを回避できると考えるのは法的には誤りである。もっとも実際には、国家主権の尊重に通じるこの保守的な立場は最近の投資協定実行においてとられておらず、その数としても極めて限られている[54]。

以上のように、外国投資家に投資仲裁へのアクセスを認めることには、投資の誘致という政策上一定の意義があり、並行的手続による不都合に対するセーフガードも広く講ぜられていることが分かる。

また、外国人投資家に過剰な権利を与えているとの批判を考えるにあたっては、逆に内国から相手国に投資を行う企業にも同一の権利が与えられていることを忘れてはならない。外国に向けて活動する投資家に限れば、内国民と外国人との間に権利の質的量的差異はなく、だからこそ、後に見るSaluka対チェコ事件のように、日系企業が投資仲裁を活用して自己の資本運用の安全を確保できた例があるのである[55]。この批判は、外国投資家と一般市民との対立という構図を強調するあまり、その側面を見失っているように思われる。

これに対してさらに、そうした対外投資が可能な少数の大企業の利益のために、国民の生活が犠牲にされてよいのかという批判が提出される。この批判については次章の事例研究において取り上げることとする。

C. 仲裁人の責任 (accountability) の問題

1. 問題の所在

投資仲裁に対しては、仲裁人が自ら下す判断に何らの法的、政治的責任も負わないこと

---

of America, ICSID Case No.ARB(AF)/98/3, Award (26 June, 2003). 本件の要約として、本稿 VI-3 を参照。

[53] Técnicas Medioambientales Tecmed S.A.v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, para.122 (29 May, 2003).

[54] C. Schreuer, *supra note* 50, at 847.

[55] 日本の経済界は投資協定の促進に極めて積極的である。例えば次を参照。日本経済団体連合会「グローバルな投資環境の整備のあり方に関する意見—わが国海外投資の法的基盤の整備に向けて—」（2008）<http://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2008/017/honbun.pdf>; 小寺彰ほか「法的観点からみた TPP」ジュリスト 1443 巻 12 頁〔17 頁〕〔佐久間発言〕（2012）。

が問題であるとの指摘がある[56]。投資仲裁では当事者双方によって選任された仲裁人が紛争解決のために判断を下す。私人間における仲裁であれば当事者自治に任せればよいので仲裁人の判断に委ねることを当事者が合意したのであれば問題はない。しかし、投資仲裁においては国家政策が判断の対象となるため、同様に考えるべきではないとの批判である。以下ではこの批判について検討する。

2. 仲裁人は責任を負わないのか

仲裁人の責任の問題を考えるにあたっては、仲裁人は判断に責任を負う必要があるのか、ということから考えなければならない。前述したように投資仲裁制度は紛争を国内手続から分離し、外国人投資家を保護することを目的としたものである。つまり国内法の影響を排除し、中立性を確保することが求められたのである。そしてこの中立性の維持のためには仲裁人が国家や他の機関から独立し、特定の判断について直接的な責任を追及されないことが望ましいのである。

もっとも仲裁人は全く責任を追及されないとは言えないだろう。例えば仲裁判断が公開された場合に、この判断に対して、当事国や学界、後の仲裁廷から批判を受ける可能性はあり、実際に仲裁判断文において前の特定の仲裁判断を名指しで批判したものもある[57]。学者や弁護士を業とする多くの仲裁人にとって、あまりに不合理な判断を下すことは、自らの名に傷をつけることにもなりかねず、今後仲裁人に選任されなくなるという実際的なリスクをも負うのである。これは直接的な責任ではなくとも、仲裁人が不合理な判断を下すことを抑制するのには十分機能するだろう。

以上のような仲裁人に対する間接的な抑制があっても、仲裁人が不合理な判断を下す可能性はある。これを避けるには、国家も仲裁人の選任を行えるのだから、仲裁人の資質を検討して慎重に仲裁人を選任すればよいのである。またICSID条約第 57 条では仲裁人の忌避が認められている。これはICSID第 14 条 1 項に規定された仲裁人に必要とされる資質を明らかに欠く場合は、その仲裁人の失格を提案できる規定である。忌避が必ず認められるわけではないが、この規定を利用することで、相手側が選任した仲裁人を入れ替えることを要求できる[58]。このように制度的にも仲裁人に対する間接的なチェックが働くのである。

以上のように、仲裁人が特定の判断について直接的な責任を追及されないことはたしかだが、これは投資仲裁の制度上、中立性の維持のために予定されたことである。また、判断への批判や、仲裁人の忌避のような制度によって仲裁人への間接的なチェックは働いて

---

[56] J.E.-joo, *Unearthed Documents Illustrates Pitfalls of ISD Clause The account of Former Judge Reveals Government Pressure to Rule in Favor of US* (2012) <http://www.hani.co.kr/arti/english_edition/e_business/513138.html>

[57] 酒井啓亘ほか, *supra note* 19, at 460〔濵本正太郎〕.

[58] 仲裁人の忌避に関して、井口直樹「投資協定仲裁判断事例 (18) 仲裁人の忌避に対する判断—Vito G. Gallo v. Government of Canada 事件における忌避申立てに対する決定 (Decision on the Challenge to Mr. J. Christopher Thomas, QC) 」JCA ジャーナル 57 巻 12 号 11 頁（2010）を参照。

おり、これによって仲裁人が不合理な判断を下すことはかなりの程度防止できるのである。

IV. 投資協定の運用の実態

投資保護協定が定める義務内容は相互に類似していることが多い。従って、現在に至るまでに公表されている投資仲裁の判断を見れば、TPP に基づいて投資仲裁がどのように運用されることになるかのおおまかな指針が得られるはずである。以下では、仲裁廷が出してきた判断は妥当なものであったかを、(A) 仲裁廷は投資保護を優先し、環境、健康保護を軽視してきたか、(B) 仲裁廷は、投資を手広く保護するため、国家の同意していないような義務を「創造」してきたか、の 2 つの側面より検討する。

A. 仲裁廷は投資保護を優先し、環境・健康を軽視しているか

投資協定に基づく仲裁について、住民の健康・安全を確保するために政府が行う正当な環境規制等の措置であっても、これによって外国人投資家が被害を被ったとして仲裁を提起し、高額の賠償や当該措置の見直しを迫られる可能性がある、との批判がしばしばなされる。ここではこの批判の妥当性について、批判の中で挙げられる事例を具体的に眺めながら、検討する。

1. Metalclad対メキシコ (2000) [59]

アメリカ企業 Metalclad 社は、廃棄物埋立場を建設・運営するため、メキシコ連邦政府からの許可を得て、埋立場の建設に着手した。しかし、地元において、ゴミ処理場による水質汚濁の懸念が高まり、当該地区の市政府は建設許可を拒絶し、さらに州政府は埋立場を含む地区を希少種のサボテンを保護する自然保護地区と設定する政令を発布した。これにより実質的に埋立場の運営が不可能になったことから、Metalclad 社は、NAFTA（北米自由貿易協定）第 11 章に基づき仲裁を付託した。この訴えに対し、仲裁廷は、投資家に対するメキシコ連邦政府・地方政府の行為は、公正衡平待遇に違反し、間接的な収用であったとして、メキシコに 1,668 万 5000 ドルの賠償を命じた。

本件はNAFTA第11章違反の結果として海外からの投資家に対して国家に賠償命令が下された初の事例であったことも起因して、様々な批判が寄せられることとなった。環境・健康に関しては、「自治体が住民の安全や環境を守ろうとしても、私企業の利益が優先されるのが実情である」[60]、「ISD条項は、各国が自国民の安全、健康、福祉、環境を、自分たちの

[59] Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Additional Facility, Case No. ARB(AF)/97/1, Award (30 Aug., 2000). 日本での評釈として、繁田泰宏「メタルクラッド事件 (Metalclad Corporation [US] v. Mexico)」松井芳郎ほか編『判例国際法』505 頁（東信堂、第 2 版、2006）、阿部克則「メタルクラッド事件」杉原高嶺・酒井啓亘編『国際法基本判例 50』138 頁（三省堂、2010）を参照。

[60] 中山洋子, *supra note* 11.

基準で決められなくする『治外法権』規定」[61]、「メキシコが体験した…納得しがたい現実」[62]等々の批判がなされた。

しかし、本件の仲裁廷の判断が、国家の環境・健康規制権や住民の健康を蔑ろにし投資家側の利益を一方的に優先したものであるとはいえない。

Metalclad社は、埋立場運営のためメキシコ籍企業を買収した際には、連邦政府職員から埋立て事業に必要な許可は全て得ていると保証を受けていた。それに基づき、埋立場の建設は開始されるが、市当局の許可がないことを理由に市は埋立場建設を停止させた。連邦職員はMetalclad社に、埋立場建設・運営するのに必要な許可はすべて揃っているが、市当局との友好関係を維持するためには市当局へも建設許可申請をするべきだと勧め、同時に、市当局の建設許可が問題なく出されることを保証したことから、同社は市当局にも許可を申請した。これらのことから、仲裁廷は、Metalclad社は、これらの過程において誠実に行動しており許可が出されるという完全な期待をもっていたと判断した。[63]

その一方で、メキシコ政府の行為に関しては、メキシコ国内法上、許可交付の権限はそもそも連邦政府のものであり市政府にはないと認定した上で、さらに連邦政府職員によってその事実が投資家側に通告されており、その結果、投資家側がその説明を信頼して投資を行ったと判じた[64]。

仲裁廷は、NAFTAの基本目的から、投資を主導し、実行しかつ成功裏にそれを操業するためのすべての関連の法的要件は、他国のすべての影響を受ける投資家が容易に知りうるようにすべきであるとする「透明性」に言及し、投資受入国政府が自国の投資関連要件についての誤解や混同があると知ったならば、外国投資家が関連法規に従っていると信じていると行動できるように、その立場を迅速に決定し、明確に述べることが求められるとした[65]。

上記の事実を含め、建築許可の申請が市になされた後、13 ヵ月が経ち埋立場が完了間近になってようやく市当局が建築許可申請の却下を決定したことや、メキシコ国内法上の根拠がないにも拘わらず、市政府が埋立場建設を不許可としたことなど本件の事情も考慮し、仲裁廷は、メキシコ連邦政府・地方政府の行為は、NAFTAの要求する透明性を欠いていたとして、メキシコ政府の公正衡平待遇義務違反を認定した[66]。収用に関しても、投資財産の侵害を判断の基礎としながら、実質的に上記事実をも勘案し、仲裁廷は、メキシコ政府の措置が、間接収用に当たるとした[67]。

---

[61] 中野剛志「米国丸儲けの米韓 FTA からなぜ日本は学ばないのか『TPP 亡国論』著者が最後の警告！」『ダイヤモンド社書籍オンライン』（2011）< http://diamond.jp/articles/-/14540>

[62] キム・ソンジン「[なぜならば] メキシコが体験した FTA の‘納得し難い現実’」『ハンギョレ・サランバン』（2011）<http://blog.livedoor.jp/hangyoreh/archives/1563406.html>

[63] Metalclad Corporation v. The United Mexican States, *supra note* 59, para.89.

[64] Ibid, para.86.

[65] Ibid, para.76.

[66] Ibid, para.99.

[67] Ibid, para.107 & 111.

そもそも、メキシコ政府の調査機関が行った環境影響調査によれば、当該埋立場が環境に影響する可能性は低く、むしろ埋立場として適していると評価されていた[68]。それにも拘わらず、地方政府によってとられた埋立場建設の不許可処分や自然保護地区の設定は、環境保護や住民の健康保全を目的としたものとはいえず、住民の反対運動を抑制することが主な理由であったことが認定されている[69]。

本件におけるメキシコの措置は、環境・健康を目的とする正当な規制には当たらず、仲裁によって NAFTA 違反が認定されたのは、メキシコ国内手続の透明性・予測可能性を欠いたことが原因であった。したがって、当該仲裁判断が、投資仲裁によってメキシコ中央政府・地方政府による環境・健康を目的である政策であるのにも関わらず、不当に海外投資家の利益が優先され、国家の環境・健康目的の規制権が制限された事例として挙げる上記の批判は妥当ではない。

なお、仲裁手続の終了後、メキシコは仲裁地であったバンクーバーに所在するブリティッシュコロンビア州最高裁判所に対して本仲裁判断の取消を求める訴えを起こした[70]。裁判所は仲裁判断全体としての取消は認めなかったものの、公正衡平待遇を解釈する上でNAFTAの目的の一つである「透明性」を読み込んだ仲裁判断は、仲裁付託の範囲を超える事項を超える決定をしたとして、「透明性」の解釈とそれに関連する公正衡平待遇義務違反の認定を取り消した[71]。さらには、仲裁廷の公正衡平待遇義務の解釈は収用条項の解釈にも影響を与えたとして、市当局による建設不許可処分による間接収用認定のような透明性の欠如を理由とする判断を取り消した[72]。

しかし、その後の仲裁判断例においては依然として公正衡平待遇に透明性確保が含まれると理解されている。実際、公正衡平待遇について包括的に概説し、後の多くの仲裁廷によって引用される[73]Waste Management対米国の仲裁廷は、公正衡平待遇義務違反を構成しうる一例として「行政手続きにおける透明性や公平性の完全な欠如」を挙げている[74]。

---

[68] Ibid, para.44.
[69] Ibid, para.92.
[70] The United Mexican States v. Metalclad Corporation, 2001 BCSC 664 (Reasons for Judgment of Honourable Mr. Justice Tysoe, 2 May, 2001).
[71] Ibid, para.67& 71-72.
[72] Ibid, para.78-79. ただし賠償額に関しては、ブリティッシュコロンビア州最高裁判所は、地方当局による自然保護地区設定が補償のない収用であるとする仲裁判断を取り消す根拠はないと判断した (para.105) ために仲裁判断からの変更はなく、利息計算の起算点が、自然保護地区設定法令が公布されたときに変更されたのみである (para.137) 。
[73] F. Marshall, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements* 8 (2007) <http://search.iisd.org/pdf/2007/inv_fair_treatment.pdf>
[74] Waste Management, Inc. v. United Mexican States (Number 2), ICSID Case No.ARB(AF)/00/3, Award, para.98 (30 Apr., 2004).

2. S.D. Myers **対カナダ** (2002) [75]

カナダ政府が行った PCB 輸出禁止の措置により、カナダから米国に輸出された PCB の処理を事業としていた S.D. Myers 社が損害を被ったとして内国民待遇違反や収用を主張して仲裁で争われた事件である。結果として仲裁廷は申立人の主張を一部認容してカナダ政府による NAFTA 違反を認め、賠償命令を下した。

この事件について、カナダ政府は環境上の理由から廃棄物の輸出禁止措置をとったにも拘わらず、米国企業による提訴の結果、カナダ政府は賠償を支払わざるを得なくなった、これは国家主権が犯される事態である、という批判がある [76]。

しかし本件においては、環境目的とうたっていた当該規制が実は国内産業の保護を目的としたものであったことを認めるカナダ政府高官の発言やカナダ国内裁判所の判断が確認されている [77]。

また内国民待遇違反に関する検討の中で仲裁廷はNAFTA環境補助協定など環境への配慮についても言及しており [78]、環境措置の正当性を否定しているわけではない。

さらに本件については、政府がPCB等の越境移動に関するBasel条約の実現を図って行った規制がNAFTA違反とされたとして、NAFTA上の投資保護義務をBasel条約上の環境保護義務に優先させたとの批判がある [79]。仲裁廷によればカナダ政府がとった措置より軽微な規制によって代替可能であったとのことである [80]が、実際にそれが可能であったか、そしてそれを仲裁廷が判断できるものなのかなどを考えれば、ある程度説得力のある批判のようにも思える。しかし、本件においては地理上、申立人の運営していた米国の処理場を利用した方がカナダ国内の他の処理場を利用するよりもPCBの移動が短くて済む [81]ものであり、Basel条約の目的の一つはPCB等の越境移動を制限することで移動距離を短くして事故や汚染などの危険を極力減じることであるとすれば、本件において投資を保護することが投資保護義務を環境保護義務に優先させたものとはと必ずしも言えない。

3. Tecmed**対メキシコ** (2003) [82]

スペイン籍企業の Tecmed 社は、メキシコ国内において有害廃棄物処理場を運営していた。

---

[75] S.D. Myers, Inc. v. Canada, UNCITRAL Arbitration Rules 1976, First Partial Award (13 Nov., 2000). 本件の要約として、本稿 VII-1 を参照。

[76] 中野剛志, *supra note* 61.

[77] S.D. Myers, Inc. v. Canada, *supra note* 75, para.194-95.

[78] Ibid, para.247.

[79] H. Hill, *NAFTA and Environmental Protection: The First 10 Years*, 6 JIJIS 157, 168 (2006); Public Citizen, *NAFTA'S Threat to Sovereignty and Democracy; The Record of NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases 1994-2005 Lessons*, 44-45 (2005) < http://www.citizen.org/documents/Chapter-11-Report-Final.pdf >

[80] S.D. Myers, Inc. v. Canada, *supra note* 75, para. 255-56.

[81] Ibid, para.112.

[82] Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, *supra note* 53. 本件の要約として、本稿 VII-2 を参照。

しかし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、環境問題に関する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。このことから、Tecmed 社は、当該政府の措置が適正な補償のない収用であり、さらにスペイン・メキシコ BIT 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仲裁に付託した。

仲裁廷は、メキシコ政府の支払い後直ちに、Tecmed 社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、収用と公正衡平待遇違反を認定し、メキシコに約 550 万ドルの支払いを命じた。

本件を、環境的懸念から生じた有害廃棄物処理場の不許可について、スペインの私企業がメキシコ政府の政策に異議を唱えることに成功した事例として挙げ、ISDS条項が投資受入国の規制者や立法者をしばしば制限し、特に環境分野における法においては国家の規制権が大きく制限されうるとする批判するものもある[83]。

しかし、本件は、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、同社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[84]。このことから、仲裁廷は、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であったと認定した。そして、それに対してとられた許可更新の拒否という処分が規制目的との均衡性を欠くことを根拠として、仲裁廷は収用と判じた。

また、仲裁廷は、公正衡平待遇とは投資受入国が一貫性及び透明性がある態様で行動することであり、それに基づいて投資家が得た期待が害されたとき、公正衡平待遇違反が構成されるとし、本件においては、メキシコ政府が Tecmed 社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公正衡平待遇違反が認められた。

本件におけるメキシコの諸措置は、政府当局自身が、処理場がもたらす環境や健康の影響は微少であると認識していたことからも分かるとおり、環境や健康を目的としたものではなかった。したがって、本件はそもそも環境や健康が問題となりえる事例ではなく、投資仲裁によって環境分野における法や規制が制限されると主張するために、本事件を挙げる批判は適切ではない。

---

[83] A. Kerner, *Why Should I Believe You? the Costs and Consequences of Bilateral Investment Treaties*, 53 INT'L STUD. QUART. 73, 79 (2009).

[84] Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, *supra note* 53, para.100.

4. Ethyl対カナダ (1998) [85]

カナダ政府が環境保護を目的として、ある神経性物質(MMT)の燃料への使用を禁止したところ、この規制が NAFTA 投資章違反であるとしてカナダで事業を行っていた米国燃料企業 Ethyl 社が仲裁を提起した事件。結局両者の間で和解が成立し、カナダ政府は当該規制を撤廃、1900 万ドルを Ethyl 社へ支払った。

本件についてもS.D. Myers事件と同様、国家主権の犯される事態であると見る主張がある [86]。

まず本件は、仲裁廷による本案審理とその判断がなされたのではなく、当事者間で和解が成立したケースである点に注意する必要がある。規制の撤廃も和解金の支払いもカナダ政府の判断でなされたものであり、仲裁廷の命令に従ったわけではない [87]。

また､本件では当該規制に反対していたアルバータ州の要求によって国内通商協定 [88]に基づくパネルが設置され、そこにおいてカナダ連邦政府によるMMTの規制にあたって必要な協議が十分に尽くされなかったとして同協定の第 15 章違反が指摘され [89]、さらに規制の目的と規制の手段・程度の関係に関する同協定第 404 条の基準を満たすことも証明できていないと示された [90]ことにも留意する必要がある。

5. Phillip Morris対オーストラリア (2011 申立) [91]

オーストラリア政府は国民の健康保護を目的として、タバコ製品とその包装の外観を規定し知的財産権の使用を禁止する規制を導入した。さらに、タバコの箱における視覚的な健康上の警告表示の占める割合を増やす規制を行った。オーストラリアでタバコを製造する Phillip Morris Asia Limited 社はこれを香港-オーストラリア BIT の違反であると主張し、仲裁の申立てを行った。

本件についても、このような投資仲裁の制度がTPPに盛り込まれてしまえば、日本国内で築かれてきたルールが多国籍企業の訴訟による攻撃にさらされてしまうと危惧する見解が

---

[85] Ethyl Corp. v. Canada, UNCITRAL Arbitration Rules 1976, Award on Jurisdiction (24 June, 1998). 事件の詳細については、西元宏治「Ethyl 事件の虚像と実像～NAFTA 第 11 章仲裁手続とカナダにおける貿易･投資の自由化の一局面～」国際商事法務 33 巻 9 号 1193 頁（2005）を参照。

[86] 中野剛志, *supra note* 61.

[87] *Canada and the North American Free Trade Agreement: Dispute Settlement* < http://www.iinternationa.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/nafta5_section06.aspa?lang=en&view=d >

[88] 通商・経済政策に関してカナダ連邦政府と州政府の権限配分を調整することを目的とした協定。連邦政府と州政府の間や州政府間の紛争処理手続が設けられている。

[89] *Report of the Article 1704 Panel Concerning a Dispute Between Alberta and Canada Regarding the Manganese –Based Fuel Additives Act,* 3 ASPER REV. INT'L BUS. & TRADE L. 327, 356 (2003).

[90] Ibid, at 358.

[91] 事件の詳細については、共同通信 PR ワイヤー「フィリップ・モリス・アジア・リミテッド　◎豪政府に仲裁申し立てを通告　フィリップ・モリスがたばこ包装規制法で」（2011 年 11 月 21 日） <http://prw.kyodonews.jp/opn/release/201111210764/>

ある。[92]果たして本件は、オーストラリア政府の築く正当なルールが、外国企業による不当な訴訟攻撃を受けているケースなのだろうか。

本件はまだ仲裁廷の判断は下されていないが、申立人は真っ当な健康・環境措置にまで補償が必要だと主張してはいない。当該措置は政府が主張するような公共衛生の促進を目的とする正当な規制ではなく、そのような規制を隠れ蓑としたオーストラリア国内のタバコ企業に対する申立人の競争力を奪おうとする措置である（そしてそのような措置による損害であれば補償を要する）と、申立人は主張している[93]。さらに申立人は、当該措置はオーストラリア政府が期待するような効果は挙げず、むしろ違法タバコの横行などの悪影響を生み出すとの主張も行っている[94]。

このように見ると、本件で最大の争点となっているのは当該措置の投資に与えた影響というよりもむしろ、当該措置が本当に公共衛生の促進を目的としたものであるのか、あるいはそれを隠れ蓑とした外国企業差別措置であるのか、という点であるように思われる。そうであるならば本件は、海外へ進出した日本企業が現地政府の環境規制等を隠れ蓑とした不当な政策により不利益を受けることがあった場合に、投資協定により救済を求めることができるのを示す好例であり、先述したような国家の正当なルールが外国企業により不当に攻撃されるといった想定になじむケースであるとは言えない。

6. Chemtura 対カナダ (2010)[95]

以上、環境や健康目的の規制に関してよく批判があがる 5 つの事件を検討してきたが、本件仲裁判断においては、国家の規制権をより明確に判示し、環境や健康規制の妥当性の判断方法についても具体的に述べており、環境・健康分野における投資仲裁の発展を示すものであるといえる。以下、事実概要と仲裁判断を簡潔に述べる。

申立人である Chemtura 社は子会社を通じ農薬の一種であるリンデンを生産し、カナダにおいて登録、販売していたが、健康上の懸念から、カナダ当局はリンデン製品の登録抹消及び関連した措置を採った。これらの措置によって、申立人の事業を不当に終了させ、NAFTA 上カナダに課されている不当収用の禁止の及び公正衡平待遇義務違反を構成するとして、仲裁廷に訴えられた事件である。

収用に関しては、仲裁廷は、(1) リンデンの売上げは同社の総売上げの比較的小さい部分

---

[92] 「多国籍企業が政府・自治体を訴訟攻撃/TPP の焦点 ISD 条項/『主権を侵害』世界で問題に」『しんぶん赤旗』<http://www.jcp.or.jp/akahata/aik11/2011-11-16/2011111603_01_1.html>

[93] Phillip Moris Asia Limited v Australia, UNCITRAL Arbitration Rules 2010, Notice of Arbitration, para.6.3-6.5 (21 Nov., 2011).

[94] Ibid, para.6.3.

[95] Chemtura Corp. v. Government of Canada, UNCITRAL Arbitration Rules 1976, Award of the Arbitral Tribunal (2 Aug., 2010). 事件の詳細については、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 28 頁（2011）を参照。

しかしめていなかったこと[96]、(2) 登録抹消後にも同レベルの売上額を達成していることを挙げ、上記カナダ当局の措置は実質的な剥奪とは認められないとした。この時点で、Chemtura社の収用の主張は認められないことになるが、さらに仲裁廷は、カナダ当局の措置は、当局の裁量の範囲内であり、差別的ではない態様で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、このような状況下での当該措置は、警察権 (police power) の正当な行使であると述べ[97]、たとえ実質的な剥奪があったとしても、上記の条件を満たす正当な規制であれば収用と認められないことを判示した。

また、公正衡平待遇については、Chemtura社は、(1) 当該措置を採るにあたり科学的論拠が欠けていること、(2) 措置が誤った目的の下、不誠実に採られたこと、(3) 措置と付随した規制過程には欠陥があり不公平であったことを挙げ、公正衡平待遇義務違反だと主張した。(1) に関し、仲裁廷は、仲裁廷の役割は、高度に専門的な国家の規制機関によって科学的見地から下された決定の正しさを批判・判断 (second-guess) することではない[98]と述べ、科学的根拠に欠陥があるがあることから当該措置が義務違反を構成するかを決定することを否定した。(2) に関しては、仲裁廷は、当該措置が不誠実にとられたものが判断する際、全体的な事実背景を審査する[99]とし、そして、その証明責任は、申立人(投資家側)にある[100]と述べた。本件において、Chemtura社は不誠実な目的から措置が採られたという直接的証拠を提示できず、全体的な事実背景からも不誠実さを推定することができなかったことから、Chemtura社の (2) の主張は認められなかった。(3) に関しても、規制過程の手続的瑕疵が違反を構成するレベルまで達することはありうるとしつつも、国家が不当に高い基準の責任を負わなければならないわけではないと仲裁廷は判示した。さらに複雑な行政活動が実務上常に最適な状態であるわけではないこと、単なる遅滞では国際的な最低待遇基準違反を構成するのに十分でないことを考慮に入れる必要がある[101]とし、本件において、カナダ側の措置に重大な手続的瑕疵はないと判断し、(3) の主張も認めなかった。

仲裁廷は、収用・公正衡平待遇義務違反等、いずれのChemtura社の主張も認めず、Chemtura社に訴訟費用全てを負担するよう命令した。本仲裁廷判断は、環境・健康のための規制が、恣意性や差別性がなく、規制目的に対し過剰でなく誠実にとられたものである限り、投資条約における義務は、国家の正当な健康や環境に関する規制活動を妨げるものではないことを明示的に確認している[102]ものであるといえる。

---

[96] Chemtura Corp. v. Government of Canada, *supra note* 95, para.259-60.
[97] Ibid, para.266.
[98] Ibid, para.134.
[99] Ibid, para.357.
[100] Ibid, para.137.
[101] Ibid, para.215
[102] R. Moloo & J. Jacinto, *Environmental and Health Regulation: Assessing Liability under Investment Treaties*, 29(1) BERKELEY J. INT'L L. 1, 62-65 (2011).

7. 小括

多くの投資判断において仲裁廷は、国家の裁量を広く認める姿勢を示している。

投資協定仲裁の批判においてさまざまな事例が持ち出されているが、その多くは仲裁廷が国家の裁量を認めた部分や、当該措置が実は外国企業の差別を目的としていた事情などを無視しており、賠償命令が下されたという結果ばかりを強調している。ゆえに、彼（女）らの批判を補強づける材料として機能していない。

さらに最近の投資協定では、環境問題への配慮について明記したり、あるいは環境保護措置を一括して投資保護の対象外とする条項を差し込んだものも増えている。これまで見てきたように仲裁廷はそのような条項がなくても政府の環境保護政策等について十分裁量を認めてきたが、このような条項の存在によって、仲裁廷が暴走して投資家に著しく有利で国家の正当な政策の障害となる可能性を未然に断っている。その実例は本稿 V 章 C 節で見ることにする。

B. 仲裁廷の解釈は当事国の意思を無視しているか

「投資仲裁では仲裁廷が解釈を通して義務内容を創設する。そうなれば、(1) 国家は本来合意していないはずの義務を負うことになる上、(2) どのような措置が違反とされるかの予見可能性がなく行動が制限される、という理由から、投資仲裁は国家主権を脅かすものである。」との批判がある [103]。

しかしながら、この批判が、条約が国家の手を離れ仲裁廷により解釈が確立されていくことのみに向けられたものであるとすれば、それは的外れと言わざるを得ない。そもそも、第三者機関である仲裁廷に条約の解釈を任せたのは国家自身に他ならない。国家は仲裁廷に、簡潔な文言の解釈により義務内容を明確にし、柔軟な判断により個々の事案に対して妥当な判断を下すという重要な役割を与えたのである。ゆえに、仲裁廷がこの役割を忠実に履行している限り、仲裁廷が国家主権を脅かすという批判は妥当しないことになる。

従って、問題となるのは、仲裁廷が事案に応じて妥当な解釈・あてはめを採用し、国家の思惑の範囲内において投資保護と国家主権の適切なバランスを図ることができているか否かである。以下では、拡大解釈・創造的解釈と批判の多い事例を検討してみる。

1. Tecmed対メキシコ (2003) [104]

Tecmed 社がメキシコにおいて、操業許可を受けて廃棄物処理場を営んでいたところ、住民の反対運動により、政府当局が許可更新を拒否し施設は閉鎖された。本件では、収用が

---

[103] M. MORTIMORE & L. STANLEY, JUSTICE DENIED: DISPUTE SETTLEMENT IN LATIN AMERICA'S TRADE AND INVESTMENT AGREEMENTS 36-44 (2009); M. WAIBEL, THE BACKLASH AGAINST INVESTMENT ARBITRATION: PERCEPTIONS AND REALITY 531 (2010); *Open Letter from Lawyers to the Negotiators of the Trans-Pacific Partnership Urging the Rejection of Investor-State Dispute Settlement* 2 (2012) <http://canadians.org/trade/documents/TPP-Jurists-letter-0512.pdf>

[104] Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, *supra note* 53.

認定されたが、仲裁廷は、その基準として、欧州人権裁判所の事例を引用し、当該措置が、措置によって保護される公共の利益と法的に投資に与えられた保護との間に比例性を有しているかを検討する、比例性 (proportionality) アプローチを用いた。

このアプローチに対しては、(a) そもそも、欧州人権条約から基準を借用してくることへの批判と、(b)「比例性」を基準とすることは文言の通常の意味から乖離しすぎる、「創造的解釈」である、との批判がある[105]。

確かに、(a) 欧州人権条約という、地域条約に過ぎず（被申立国は同条約の当事国ではない）、さらに人権条約という別のレジームに属する条約の基準をさしたる説明もなく、二国間投資協定において適用したという点に対しては少なからず疑問はある。さらに、(b)問題となった文言は、「収用と同様の効果をもつもの」であり、ここから比例性アプローチを解釈によって導くことは困難であるようにも思われる。

しかし、指摘されるべきは、このような解釈は決して、国家の主権を狭めるものではなくむしろ逆である、という点である。「収用と同様の効果をもつもの」という文言を文字通り適用すると、どのように公共の福祉に資するような措置でも、投資家が被った損害が収用と同じ程度に達していれば義務違反が問われる、ということになりかねず、それではむしろ国家にとって理不尽な判断となってしまう。比例性アプローチの導入は、妥当な結論を導くために必要なものであったと言えるし[106]、文言をそのまま適用して理不尽な結果を招くよりも国家の意思にそぐうものであったのではないだろうか。そのため、この事例は、仲裁廷による「創造的解釈」が国家の主権を脅かしたもの、とは言えない。

2. Occidental 対エクアドル (2004)[107]

Occidental 事件では、石油会社である Occidental が、付加価値税の返還を得られなくなったことについて訴えを提起した。問題になったのは、内国民待遇（「同様の状況」にある国内企業と同等の待遇を与える義務）である。エクアドル国籍の石油産業も同様に返還を受けられていなかったので、被申立国は、外国人投資家を不利に扱ったことはないと主張したが、仲裁廷は、花卉・鉱山・海産・木材・バナナ・パーム油輸出業者等は返還金を受けていることを理由に、同義務の違反を認定した。

本判決に対しては、「同様の (like) 状況」とは同様の業種間、少なくとも直接の競争関係にある企業間での比較の意味で用いられるべきであり、異なるセクターの企業と比較するのは義務内容を不当に広げすぎるという批判がある[108]。

---

[105] 松本佳代「規制と間接収用－投資協定仲裁判断例が示す主要な着眼点－」RIETI Discussion Paper Series 08-J-027, 20-21 頁（2008）。

[106] T. Waelde & A. Kollo, *Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law*, 50 INT'L & COMP. L. Q. 811, 811-814 (2001).

[107] Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, *supra note* 47; 日本語での事件概要は、経済産業省通商政策局編『2011 年版不公正貿易報告書』623 頁（2011）を参照。

[108] M. MORTIMORE & L. STANLEY, *supra note* 103, at 40.

確かに、「同様の状況」に全く業種が異なる企業までを含むと、国家は国内全ての企業に対して同様の取扱いを求められることになり、特定の産業セクターへの援助などの社会的経済的政策が著しく制限されてしまう[109]。国家がこのような主権の過大な制約を引き受けることに合意したとは考えられず[110]、仲裁廷が投資保護に偏った過剰な拡大解釈を行い国家の主権を不当かつ予見困難な形で制限したものという評価にも一定の説得力はある。

しかしながら、重要なのは、仲裁廷が「同様の状況」に関して述べた一般的規範を独立的に評価するのではなく、本件の問題が具体的にどのように解決されたかに着目することである。本件においては、仲裁廷は事件の特質に着目し注意深く規範を選択することで、当事国の意思を裏切らない妥当な結論を導いたと評価できるのではないだろうか[111]。

Occidental事件では、他の産業セクターとOccidentalを比較することの正当性を裏付ける、いくつかの特殊な事情が存在した。まず、エクアドルの国内法上（アンデス共同体法を含む)、還付金制度は全ての輸出業者一般を対象としており、事業種による区別を採用していなかった[112]。加えて、国内税法の規定においても、石油産業のみを例外とするような規定がなく、国内法上も石油産業に対する区別は法的根拠を欠くものであったこと[113]が、差別的取扱いを認定するのに決定的であったと考えられる。

このように、Occidental 事件における結論は、投資保護に偏りすぎたものであったとは言えず、仲裁廷は、簡潔な文言の解釈により義務内容を明確にし、柔軟な判断により個々の事案に対して妥当な判断を下すという、国家により与えられた役割を忠実に果たしただけであると評価できる。よって、本事件は仲裁廷が国家の主権を不当に制限するという根拠とはならない。

3. Pope and Talbot対カナダ (2001)[114]

Pope and Talbot事件では、NAFTA 1105 条の待遇の最低基準が、伝統的な慣習国際法上の基準と同様であるか、それとも、より手厚い投資保護を求めるものであるかが問題となった。仲裁廷は後者の立場を支持して義務違反を認定したが、この判断を受け、NAFTA当事国（特にアメリカ合衆国）では、投資保護に偏りすぎた解釈により、国家が過大な負担を

---

[109] G.A. ALVAREZ & W. M. REISMAN, *supra note* 48, at 211.

[110] Ibid, at 212.

[111] J. Kurtz, *The Use and Abuse of WTO Law in Investor – State Arbitration: Competition and its Discontents*, 20(3) EUR. J. INT'L L. 749, 762 (2009).

[112] Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, *supra note* 47, para.145-152.

[113] Ibid, para.133.

[114] Pope & Talbot Inc. v Canada, UNCITRAL Arbitration Rules 1976, Award on Merits (10 Apr., 2001). 日本語での事件の概要として、小寺彰「投資協定仲裁の新たな展開とその意義」RIETI Discussion Paper Series 05-J-021, 10 &13-14 頁（2005）を参照。

負わされているとの批判が高まった[115]。そして、NAFTAの全当事国から構成される北米貿易委員会は同判決から3か月後の2001年7月、第1105条は慣習国際法より高い保護を与えるものではない、という解釈ノート（NAFTA第1131条に基づき、仲裁廷を法的に拘束する）を発表するに至る[116]。しかし、このノートの発表の後に出された同事件の賠償額算定の判断[117]では、仲裁廷は義務違反の有無に関しては先の判断を擁護し、判断が変更されることはなかった。

仲裁廷の上記の判断は、全当事国が合意する解釈を仲裁人の一存で退けることが許される投資仲裁は主権を脅かし危険である、との批判に直面する[118]。

確かに、本来、条約の解釈権を持つのは当事国である[119]。また、そもそも当事国による解釈ノートが仲裁廷を拘束する、という1131条がNAFTAに設けられたのも、仲裁廷の解釈が当事国の意思に忠実であることを担保するために他ならないであろう。本判断では、仲裁廷が行った解釈を矯正するという目的で、全当事国が合意する解釈が提出されたにも拘わらず、仲裁廷は再び義務違反を確認するという立場をとった。これは、仲裁廷が国家の意思にそぐわない解釈をし得るばかりか、そのような事態をコントロールするために設けたメカニズムすら機能しないという危険性を体現するものであるようにも見える。

しかしながら、最終的に判断が変更されなかったことのみをもって、投資仲裁は国家が仲裁廷の暴走を止められない危険なシステムであると結論付けるのは早計にすぎる。本件の理由付けを丁寧に検討する必要があるだろう。

着目すべき点は、仲裁廷は、解釈ノートの解釈を採用し丁寧に検討したうえで、先の判断の結論との調和を図った、ということである。そもそも解釈ノートは遡及効を持たないと考えられるため、その発表前に出た義務違反の認定に関する判断に影響を及ぼすことはない。故に本来仲裁廷は、解釈ノートを完全に無視したまま判断を行うということもできたはずである。それにも拘わらず仲裁廷は、解釈ノートが出たからには尊重しなければならないと述べて、ノートの検討に入っている。さらに仲裁廷は、今回の解釈ノートは、1131条に言う「解釈」ではなく「改正」にあたり、委員会の権限踰越に当たるため、仲裁廷を

---

[115] 坂田雅夫「北米自由貿易協定 (NAFTA) 1105条の「公正にして衡平な待遇」規定をめぐる論争」同志社法学55巻6号129頁〔168-69頁〕（2004）。

[116] NAFTA Free Trade Commission, *Note of Interpretation Certain Chapter 11 Provisions* (31 Jul., 2001) <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-en.asp>

[117] Pope & Talbot Inc. v. Canada, UNCITRAL Arbitration Rules 1976, Award in Respect of Damages, para 47 (31 May, 2002).

[118] 当事国はPope &Talbot事件での意見提出においても、公正衡平待遇義務は従来の慣習国際法のレベルに留めるべき、と明確に述べている。P.G. Foy, *Effectiveness of NAFTA's Chapter Eleven Investor-State Arbitration Procedures*, 18(1) ICSID REVIEW – FOREIGN INVESTMENT LAW REVIEW 44, 71-74 (2003).

[119] I. BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 5 (7th ed. 2008).

法的に拘束しないことを暗に示唆しながらも[120]、先の判断と解釈ノートの整合性まで検討した。その上で、ノートに示される基準を用いても、義務違反の結論は変わらないと結論づけたのである。このように、本来避けることもできたはずの解釈ノートとの整合性の問題に敢えて言及したことは、当事国の意思を尊重しようとする姿勢の表れに他ならないのではないだろうか。

勿論、当事国が解釈ノートを出すに至った背景には、Pope and Talbot事件で用いられた一般的規範が不当であると考えたことのみならず、同事件の事実をもって義務違反が認定されることそれ自体への批判もあったに違いない。そのため、結局義務違反が認定されたならやはり国家の意思は無視されたのだとの反論は説得的ではある。しかしながら、解釈ノートの発表は、結論を変えることはできなかったにせよ、仲裁廷が先の判断とノートの調和を説明せざるを得ない状況を作り出した。すなわち、1131 条は、仲裁廷の創造的解釈を、解釈ノートと調和が可能な範囲に限定するという点で、仲裁廷のコントロールと一貫した解釈の確保、という本来の目的を一定程度果たしていると言える[121]。よって、Pope and Talbot事件は、国家が仲裁廷の暴走を止められなかった事例として評価すべきではない。

さらに、Pope and Talbot事件以降、NAFTA 1105 条に関する事件では、当事国が本来意図したような伝統的慣習国際法と同内容の基準が採用されてきている[122]。解釈ノートによって仲裁廷の創造的解釈を規制し、解釈の一貫性を確保することは十分可能なのである。

4. 小括

上で見た事例においては、一見仲裁廷が「創造的解釈」を独断で行い、国家の意思をないがしろにしたように見えるものもあったかもしれない。しかし、実際には、仲裁廷は事案に応じて妥当な解釈を採用し、国家の意思をくみ取る十分な努力を行っている。その結果出された判断はどれも、投資保護と国家主権の適切なバランスを尊重したものである。

さらに、Pope and Talbot 事件義務違反判決後に出された解釈ノートに関連するエピソードからは、いったん条約を締結した後でも、国家が仲裁廷を抑制・コントロールできる術を十分に有していることが示された。

---

[120] たとえ「改正」だったとしても仲裁廷を拘束すると考えるべきだったのでは、とする意見として、A. Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation; The Dual Role of States*, 104 AM. J. INT'L L. 179, 200-201 (2010). *See also*, A. AUST, MODERN TREATY LAW AND PRACTICE 265 (2d ed. 2007) ("[I]f both parties want to amend […] a treaty, they can of course do so… [S]hould [an amendment clause] not be suitable, the parties can simply ignore it and amend the treaty in any way they can agree on.")

[121] P.G. Foy, *supra note* 118, at 108.

[122] *See e.g*. J. Kalicki & S. Medeiros, *Fair, Equitable and Ambiguous: What is Fair and Equitable Treatment in International Law*?, 22(1) ICSID REVIEW- FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 24, 42 (2007).

従って、いったん条約を結んでしまうと、仲裁廷が意のままに義務内容を創造し、国家の主権が害される、との批判は妥当とは言えない。

V. 仲裁手続に対する批判

以上では、仲裁廷の出す結論が総じて合理的なものであることが分かった。他方、投資仲裁にはその結論に至るまで、もしくは判決後、執行に至るまでの手続に対しても多くの批判がある。例えば「審理は一切非公開で、判定は強制力をもつが、不服の場合でも上訴できないという信じ難いほど無茶苦茶な制度」[123]という批判は、随所で見受けられる代表例である。

投資仲裁手続には、II 章で見たように、投資仲裁制度の趣旨と不可分に関連しているものもあり、その手続を受け入れるか否かは結局投資仲裁制度を有意義なものと認めるかどうかという政策的選択に帰着することが少なくない。他方で、投資仲裁制度の基本的な意義を認めるとしても、やはり制度的欠陥として看過できず、何らかの法的手当てが必要な場合もある。以下では後者の場合について、投資仲裁手続に対する批判が当たっているか検討していく。

ここで、以下で検討対象となる投資仲裁手続を定める文書について再度確認しておこう。大きく 2 種類の法的文書がある。第一が、実体規定を含まず、専ら仲裁手続のみを規定する「仲裁規則」である。ICSID 条約及び仲裁規則、ICSID 追加制度、UNCITRAL 仲裁規則（1976 年版と 2010 年版がある）等がある。投資協定の仲裁条項にこうした仲裁規則が列挙され、紛争当事者に選択させることで、その投資協定に基づく仲裁廷の手続規則が決定されるのである。

第二に、実体規則を定める個別の投資協定にも、いくらかの手続事項が含まれうる。まず、仲裁廷の管轄権 (jurisdiction) 、すなわち、仲裁に付託しうる紛争の時間的（いつからいつまでの）・事項的（どのような措置・「投資」に関する）・人的（どのような「投資家」による）範囲が定められる。また、上で見た仲裁規則を修正している場合もある。仲裁手続の特徴は当事国の合意によって自由に設定できる点にあるため、デフォルトルールとしての仲裁規則の一部を具体化したり修正・排除したりすることが可能なのである。

以下では、主に仲裁規則を、必要に応じて投資協定の手続規定を検討していくことになる。

A. 投資仲裁の透明性

投資仲裁が不透明な手続であるとの批判は強い。ニューヨーク・タイムズのある記事は「その会合は秘密である。誰が加わっているかはあまり知られていない。そこでなされる決定は完全に公開される必要はない。にも拘わらず、僅かな数の国際裁判機関が投資家と

[123] 関岡英之『国家の存亡―「平成の開国」が日本を滅ぼす』83 頁（PHP 新書、2011）。

政府との紛争を扱うことにより、国内法が撤廃され、国家の司法制度が批判され、国家の環境規制が挑戦を受けている。[124]」と痛烈な批判を加える。同様に「ICSIDの法的手続きは完全に覆い隠されている。公開審問は開かれないからである。3 人からなるパネルが結局どのように結論に達したのか、誰も知らない [125]」と断言する批判もある。カナダの市民からは「裁判の内容は原則非公開のため〔筆者注：企業の活動に反対する市民団体は〕蚊帳の外だ。（中略）提訴されれば、私達が参加できない不利な仲裁が始まる [126]」という声が漏れるなど、枚挙にいとまがない。

投資仲裁の不透明性に対する批判は、大きく 2 つに分けられる。

第一に、内容・手続が公開されないため、公益を左右する法的判断を下すに足る正統性が手続的に保障されていないというものである（非公開性 (confidentiality)への批判）。国内裁判が原則として公開されることを念頭に置き、一般の目の届かないところで不当な判断がされることを懸念しているものと理解出来る。

第二が、投資仲裁へのアクセスである。投資受入国と関係のない仲裁人が国家政策の国際法上の合法性を扱う以上、民主主義的統制のために、申立を行う投資家だけでなく市民も仲裁廷に意見を表明できなければならないという批判である（秘密性 (privacy) への批判 [127]）。

少なくとも当初の投資仲裁が、公開性・透明性を強く意識していなかったことは確かである。仲裁手続は、当事者自治の原則に従い当事者が自由に手続を決定できる点に特徴があるが、一般的に高度の非公開性が確保されてきたという経緯がある。企業間の商事仲裁にならい、柔軟かつ当事者の意思を十分に尊重する仲裁を利用することによってこそ、投資家と国家の間の投資紛争の円滑な処理が可能となると考えられたからである [128]。

しかし投資仲裁では国家の公共政策の国際法上の合法性が問題とされるのであり、その性格は完全に私的な商事仲裁と大きく異なる。公的問題を議論し、多額の賠償が課され得る投資仲裁が、「知る権利」を有する国民・納税者に対して閉鎖的であってよいのかという

---

[124] A. de Palma, *Nafta's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say*, NYT (11 Mar., 2001)

[125] J.-W. Lee, *Trade, Investment, and Governance: The Case of Korea-USA Free Trade Agreement*, 76(1) THE KYOTO ECONOMIC REVIEW 103, 111 (2007).

[126]「［TPP 反対　ふるさと危機キャンペーン　ISD 条項の実像　上］　戸惑うカナダ」日本農業新聞（2012 年 3 月 13 日）。

[127] “Confidentiality”と“privacy”の用語法については、井口直樹「IV 投資協定手続の透明性」財団法人 国際貿易投資研究所 公正貿易センター『「投資協定仲裁研究会」報告書（平成 21 年度）』53 頁〔55 頁〕（2010）<http://www.meti.go.jp/policy/trade_policy/epa/pdf/fy21_IA_Report.pdf> に従った。

[128] 久保田有香「投資協定仲裁手続における透明性―ICSID におけるアミカス・キュリエ―」横田洋三先生古希記念『人類の道しるべとしての国際法　平和、自由、繁栄をめざして』601 頁〔604-05 頁〕（国際書院、2011）。

批判が出るのは当然である[129]。

では、投資仲裁の非公開性は今も原則の地位を維持しているのだろうか。一般的に言って、先に挙げたような批判を受けて投資仲裁の透明性は向上の傾向にあると言ってよいように思われる。しかし、透明性の向上は不可避的に情報公開コストの増大及び仲裁手続の長期化を招くため、公開される情報の種類によって達成されている透明性の程度は異なる。以下では、まず、現在最も広く利用されているICSID条約の状況を検討する。次いで、第二のシェアを持つUNCITRAL仲裁規則の改正作業を概観し、最後に、個別の投資協定において透明性がどのように扱われているのかをみる[130]。

1. ICSID 条約

ICSID の仲裁手続は世界で最も広く利用されており、故に批判の対象となることも多い。しかし、UNCITRAL 仲裁規則、国際商事協会 (ICC)仲裁規則、ロンドン国際仲裁裁判所 (LCIA) 仲裁規則等数ある国際仲裁規則の中で最も透明性に秀でていると評価されている。

(a) 非公開性

一口に投資仲裁の透明性と言っても、「何が」公開されるのかによりその程度は様々である。以下 (1) 仲裁情報、(2) 仲裁判断、(3) 口頭弁論、(4) 書面資料の順にみていく。

(1) 仲裁情報（投資仲裁手続の開始・進捗に関する情報）は、自国が投資家に訴えられているということを市民が知るうえで重要である。ICSIDでは、行政・財政規則の 22 条 1 項がICSID事務総長に仲裁手続の登録情報の公開を義務付けており、ICSIDウェブサイト上で公開されている[131]。

(2) 仲裁廷の判断 (Award) の公開も強く要請されている。これは、自国の政策が投資協定に照らしてどう評価されたかを国民が知るというだけでなく、投資仲裁の先例を各国・他の仲裁廷が参照することで、新たな条約の起草や、後に検討する判例の予測可能性・一貫性の確保にも資するものである。

現在、ICSID による仲裁判断の公開には全当事者の同意が必要である。ICSID 条約の 48 条 4 項は「センターは当事者の同意なく判断を公表してはならない。」と規定し（ただし、判断の抜粋は迅速に公開されるものとされている）、行政・財政規則の 22 条 2 項も「両当事者が公表に同意した場合は」「事務総長がその〔仲裁判断の：筆者注〕公表のために調整を行う」としている。従って、「決定が完全に公開される必要はない (need not be fully disclosed) 」（傍点筆者）という指摘は、仲裁規則の説明としては確かに誤りではない。

---

[129] 濵本正太郎「UNCITRAL 仲裁部会における投資仲裁手続透明性規則作成作業」JCA ジャーナル 58 巻 8 号 4 頁〔5 頁〕（2011）。

[130] 諸仲裁規則・NAFTA の透明性規定の概要については、やや古いが J. Delaney & D.B. Magraw, *Procedural Transparency, in* THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 721, 730-50 (P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer eds. 2008) を参照した。

[131] ICSID <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

しかし、既に述べたように、全当事者が公開に合意する場合、仲裁判断はICSIDウェブサイトに公開され、また合意が得られない場合であっても、紛争一方当事者による公開は禁止されていない。そのため、現実にはICSID仲裁廷の判断の殆どは、各国政府ウェブサイトや判例集などで公表されている結果となっている[132]。

(3) 口頭弁論に関して、「ICSID の法的手続は完全に覆い隠されている。なぜなら公開の審問は行われないからである」との批判があった。現行の ICSID の手続に関する限り、これは誤解である。ICSID 仲裁規則 32 条 2 項（2006 年改正）は、いずれかの当事者が反対しなければ、事務総長との協議を経て、仲裁廷の判断で第三者への公開が可能であると定めているからである。2003 年規則では当事者の合意を要するとしていたから、現行規則では要件が緩やかになっていると言え、「公開の審問は行われない」とは言えない。

それでは、実際に弁論が公開された事件はどのくらいあるのだろうか。口頭弁論 (hearing) が公開されるかどうかはICSIDのウェブサイトで周知され[133]、そこで確認できる限り、UPS 対カナダ (2001, 2005。News Release発表時。以下同じ。)、Methanex対米国 (2004)、Canfor 対米国 (2004)、Glamis Gold対米国 (2007)、Merrill & Ring対カナダ (2009)、Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al.対米国 (2010)、Pac Rim Cayman LLC対エル・サルバドル (2010)、Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation対カナダ (2010)、Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines対エル・サルバドル (2010)、Railroad Development Corporation対グアテマラ (2011)、Apotex Inc.対米国 (2012) の 11 件において弁論が公開されていることが分かる。ちなみに、審問は世界銀行の一室で放送により公開されるのが普通である。

もっとも、これまでに 246 件の仲裁判断が出され、取消手続も含めて係属中の事案が 149 件あることを思えば 11 件という数字は少なすぎるとも言える（ただし口頭弁論の公開に関する規則が制定された 2003 年以降に限れば、終結した事案の数は半減して 136 件である）。また、今のところ弁論の公開が合意されたのは全て米国・カナダ、またエクアドルやグアテマラなど米州諸国が当事国である事件に限られている。これはNAFTAでの透明性向上の成果と評価できようが[134]、逆に米州以外の国は弁論の公開に積極的でないことを示している[135]。

(4) 「3 人からなるパネルが結局どのように結論に達したのか、誰も知らない」という批判は、仲裁廷の判断の根拠となる資料・証拠が公開されないことを批判していると理解出来る（仲裁人の審議が非公開であることに対するものと読めるが、司法的手続において判決形成過程を公開する国はなく、現実的な批判ではないだろう）。

---

[132] T.-H. Cheng, *Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration*, 30 FORDHAM INT'L L.J. 1014, 1015 (2006-2007).

[133] ICSID, *News Releases* <https://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/ViewNewsReleases.jsp>

[134] 本稿 V-A-3。

[135] 特に中国・中東欧の諸国は透明性確保に後ろ向きであると言われる。濵本正太郎, *supra note* 129 , at 6.

ICSID 条約・仲裁規則には証拠の公開に関する明示の規則はなく、仲裁廷の一般的権限に委ねられている（ICSID 条約 44 条）。ただし仲裁廷の構成に関する仲裁規則 6 条 2 項は、仲裁人に対し「本手続きに参加することによって私が知ることとなった全ての情報の秘匿を守ります」との内容のある宣言に署名することを求めている。紛争当事者が任意にそれを公開することは禁止されていない。しかし現実には、ビジネス上の秘密の含まれる証拠を一方的に公開することは困難であり、保護されるべき情報と公開される情報との選り分け作業が必要となる。この問題については UNCITRAL 規則の節でまとめて検討することとしたい。

(b) 秘密性

第二の点は、市民の仲裁廷へのアクセス・手続の開放性である。「私達が参加できない不利な仲裁」や「蚊帳の外」という言い方には、自国の政策が槍玉に挙げられているにも関わらず、それに一言申せないことへの苛立ちが表れている。

実は非紛争当事者 (non-disputing party) が手続に参加する方法が全くないというわけではない。アミカス・キュリエ (amicus curiae;「法廷の友」) という制度がそれだ。これは、英米の裁判所において慣行上認められてきた制度で、「当事者（参加人を含む）以外の第三者が、事件の処理に有用な意見や資料を提出し裁判所を補助する制度」と定義される [136]。

ICSID 仲裁規則 37 条（2006 年改正）は、当事者との可能な限りの協議の後、仲裁廷が第三者の書面の提出を認めることが出来ると定める。ただし、仲裁廷がアミカス書面を考慮に入れるかどうかはその裁量に委ねられている。

なお、以上のような手続的透明性の向上が紛争解決過程にどのような影響を及ぼすかについて、興味深い指摘がある。「多くの国家は投資家に対して友好的な国 (investment-friendly) と見られたがるので、その国がICSID仲裁で —公開で— 名指しされると予想することは、国際仲裁手続の他の規則に基づく脅威以上に、初期の交渉において投資家にさらなる影響力を与える可能性がある [137]」というものである。透明性の向上が政治的にも被申立国に有利に働くということは自明ではなく、別途検証されるべき問題である。

2. UNCITRAL 規則

ICSID条約・仲裁規則と異なり、最新のUNCITRAL仲裁規則（2010 年版）には以上のような手続が定められておらず、仲裁廷の一般的権限に委ねられている（17 条）。これは、同仲裁規則が投資仲裁だけではなく企業間の商事仲裁など私的な手続にも利用されるためであり、仲裁規則それ単独では公的性格を持つ投資仲裁に十分に対応できていないと言える。そのため、例えばアミカス・キュリエの受理の判断などは仲裁廷の一般的権限を根拠にな

[136] 久保田有香, *supra note* 128, at 608.
[137] L. REED ET AL., GUIDE TO ICSID ARBITRATION 16 (2nd ed. 2011).

されてきたが、判断に安定性を欠き、仲裁廷にも負担を課すこととなるという欠点があった[138]。

こうした欠陥に対して、2010 年以降UNCITRAL第二作業部会（仲裁・調停）で改正作業が進められている。透明性向上の必要性については 2008 年の 41 会期で既に認識されていたが[139]、2010 年に予定されていた、1976 年の規則制定以降初めての改正が遅れることは望ましくないとの判断から、具体的な検討はその後に持ち越され、現在まさに議論がなされている。透明性規則が最終的にどのような形で実現するかは未だ決定されておらず、投資協定起草の際に参考とされるモデル条項や、ガイドライン、UNCITRAL仲裁規則の附属書、独立の仲裁規則等様々な可能性が検討されている。以下では、非公開性と秘密性それぞれについて、議論の進捗をフォローすることとする[140]。

(a) 非公開性

ICSID 仲裁規則で見たのと同様、公開される情報の種類毎に検討する。多くの点について、情報が公開されるべきことについてコンセンサスはあるが、具体的にどの程度、どのタイミングで公開するかについて意見が分かれているようである。

(1) 仲裁情報：ICSID 仲裁規則では、仲裁情報の公開は事件登録後直ちになされる。これに対して仲裁廷が構成されるまでは和解が成立する可能性があり、公開は控えるべきとの立場がある。また仲裁申立の内容の公開も要請されるところ、仲裁廷が構成されていない段階で、そこに含まれる企業秘密等の秘匿情報をどのように選り分けるかという議論もなされている。

(2) 仲裁判断：2010 年規則では、全当事者の同意がなければ公開できない。改正作業においては公開されるべきことに概ねの合意はとれているものの、一部には紛争両当事者が公開しないことに合意することを認めるべきとの主張がある。

(3) 口頭弁論：争点は、一方当事者の要請があった場合に非公開とすべきか否かである。ICSID 仲裁規則 32 条 2 項はこうした処理を認めるが、一方当事者の都合で公的要請である透明性が覆されるのは不適切との批判があり、仲裁廷の判断に委ねるという折衷説も提示されている。

(4) 書面資料：仲裁申立や書面陳述、口頭弁論の記録、証拠物件等が含まれる。これらを公開するとしても、国家機密・企業秘密等が例外として保護されるべきことに争いはない。しかしその範囲をどのように定義するかは問題であるし、仮にすべての書面資料を公開するとなると、機密部分を白塗り・黒塗りするコストが甚大なものとなるという問題もある。そのため、一定の資料は当然に公開するものとし、その他については請求がある度に仲裁

---

[138] 濵本正太郎, *supra note* 129, at 5.

[139] UNCTAD, Report of the Working Group on Arbitration and Conciliation on the work of its forty-eighth session, para.58 (New York, 4-8 February 2008, U.N. Doc.A/CN.9/646).

[140] 以下の記述については、UNCITRAL 第二作業部会（仲裁・調停）の日本国政府代表を務められる濵本正太郎教授の紹介に大きく依拠した。濵本正太郎, *supra note* 129, at 5.

廷が判断するという方法も提案されている。

(b) 秘密性

非紛争当事者の参加について、これを全面的に否定する見解はないようである。争点はどこまで詳細な手続きを定めるかにあり、NAFTA のような詳細な規則を定めるか、ICSID 仲裁規則 37 条 2 項のように比較的簡潔なものにするか、という線で議論されている。

3. 個別の投資協定

仲裁手続は紛争当事者が合意により自由に決められる点に特徴がある。そのため、ICSID や UNCITRAL の仲裁規則を個別の投資協定において修正することが可能であり、それにより透明性の向上が図られることがある。その嚆矢となったのが、市民からその正統性が厳しく問われた NAFTA であり、NAFTA 自由貿易委員会 (FTC) が声明で勧告を行ったり、当事国が自発的に情報公開を進めたりするなど、透明性向上の議論が活発化した。

例えば仲裁情報につき、その公開を求める規則は NAFTA にはない。しかし当事国は自国のウェブサイトで仲裁申立があると直ちにその情報を掲載している。また自由貿易委員会の 2003 年 10 月の声明により、申立通知 (notice of intent) は一定のフォームに従ってなされることが勧告され、請求がより明確になり、透明性の向上も図られている。

自由貿易委員会は、Pope and Talbot対カナダ事件で問題となった、NAFTA 1005 条の「解釈」を表明した 2001 年の解釈ノートにおいて、仲裁廷に提出された原則すべての訴訟資料の開示を各締約国に求めている [141]。手続的な透明性に関する議論が盛り上がった結果であり、これ以降、NAFTA仲裁廷ではこれに従った手続が行われてきている [142]。

もっとも、仲裁判断の公開については、NAFTA 上、米国・カナダとメキシコとの間で異なる扱いがされる。附属書 1137.4 条によれば、米国又はカナダが関わる紛争についてはいずれの国も仲裁判断を公開できるとするが、メキシコに関しては何も規定していない。従って、メキシコの関わる仲裁が UNCITRAL 仲裁規則に基づく場合、米国・カナダの場合と異なり、仲裁判断は紛争両当事者の合意がなければ公開できないという違いが生まれる。これは NAFTA 交渉段階でメキシコが透明性向上に関心を持っていなかったためと言われている。

非紛争当事者による仲裁手続への参加も、NAFTA自由貿易委員会の声明（2003 年 10 月）により明確化された。そこでは、NAFTA仲裁廷がアミカス文書を受理する裁量を有することが認められ、さらには「仲裁における非紛争当事者による書面の提出が（中略）本章の運用に影響し得ることを考慮し、また 11 章下での仲裁が公平かつ秩序だって行動することの利益に鑑み、自由貿易委員会は 11 章仲裁がそれらの提出に関して次の手続を採用することを勧告する」として、文書を提出する側が従うべき手続と、受理に際して仲裁廷が考慮

[141] NAFTA Free Trade Commission, *supra note* 116.
[142] 井口直樹, *supra note* 127, at 62.

するべき要素が列挙されている[143]。この声明を受けて、例えばMethanex対米国事件 (2005) では 2 件のアミカス文書が提出・受理されたという例がある[144]。

またある IIA の解釈問題が持ち上がっている事件において、紛争当事国以外の条約当事国が仲裁手続に参加できるという制度が設けられている場合がある。ある仲裁廷による IIA の解釈は、その条約の他の当事国にも影響するためで、例えば NAFTA ではそうした非紛争当事国は条約解釈について自己の見解を述べる文書を提出でき（1128 条）、明確な規定はないものの、その前提として口頭弁論を傍聴することが認められると解されている。

また、NAFTA 以外の投資協定でも透明性に関する規則を置く例が見られる。例えば日本・マレーシア経済連携協定 (EPA) 85 条 13 項は NAFTA と同様に非紛争当事国による意見陳述が認められている。また日本が 2004 年にメキシコと結んだ EPA では、情報の公開につき、一定の情報（業務上の秘密、いずれか締約国の国内法上特に秘密とされ、又は開示から保護された情報）を除いて、一方当事者が公開できることを定める（94 条 4 項）。

以上で見てきたように、確かに投資仲裁手続が完全に透明であるという現状にはないものの、投資協定当事国の側からの対応により、それが完全に秘密で非公開であるとの批判は当たらなくなってきている。もとより非公開性は投資仲裁手続の本質ではなく、実際上の制約の中で何をどの程度公開するかは、条約当事国が政策的に決定する問題である。透明性の公的要請と当事者の保護・仲裁手続の迅速性・公平性とのバランスをどのようにとっていくか、UNCITRAL 第二作業部会での作業や新たに結ばれる投資協定の規定ぶりが注目される。

B. 第三国投資家による「条約漁り」の危険

1. 問題の所在

投資家による「条約漁り (treaty shopping) 」という行為が非難されることも多い。これは、租税条約での課税潜脱で問題にされることが多いが、投資仲裁との関係では「企業がより良いIIAの投資家になるべく一旦外国にペーパーカンパニーを置いて、当該国の結ぶIIAの保護を受けられる形にして投資をする」という現象を指す[145]。上で見たPhilip Morris対オーストラリア事件では、オーストラリアを訴えるために米国籍のPhilip Morrisが新たに香港に設立した子会社を通じて仲裁を申し立てたとして批判があり[146]、条約漁りの一例かも知れな

---

[143] NAFTA Free Trade Commission, *Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation* (7 Oct., 2003) <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Nondisputing-en.pdf>

[144] United States Department of State <http://www.state.gov/documents/organization/31277.pdf>

[145] 小寺彰「国際投資協定：現代的意味と問題点―課税事項との関係を含めて―」RIETI Policy Discussion Paper Series 10-P-024, 4 頁（2010）。

[146] J. Kelsey, *Tobacco Firm Sues Australia over Plain Packaging, Confirms Risks of Trans Pacific Partnership Deal*, TPP Watch <http://tppwatch.org/2011/06/27/tobacco-firm-sues-australia-over-plain-packaging-confirms-risks-of-transpacific-partnership-deal/>

い。こうした行為に対しては、自国と関係のない第三国の企業が、自国が締結しているBITの当事国にペーパーカンパニーを設立して自国で投資活動を行うと、本来当事国の間だけで保障するべき便益を、実質的には第三国の投資家に与えなければならなくなる、「タダ乗り (free-ride)」を認めることになるとして、不快感が示されている[147]。

「条約漁り」の問題に入る前に、こうした行動は私企業にとって一般的であるということを確認しておこう。例えば、自社に有利な会社法・税法を持つ国・地域を設立地とすることでその恩恵を受けたり、紛争の際に企業活動保護に厚い国を契約の準拠法国・法廷地国として選択したりすること（国際私法上の「法律回避」）は、企業にとって当然の行動である。米国デラウェア州のように、企業を誘致するために企業に有利な会社法を整備・維持し続けている地域さえある。

「条約漁り」も、利用可能な資源を最大限に利用して利潤を最大化しようとする点で、投資家の賢明さとしてこれらと変わるところはない[148]。こうした合理性自体を「汚い」として批判する立場も勿論あり得るが、法的に禁止されていない行為を法的に非難することは出来ない[149]。

従って、投資家が悪いから批判されているのではなく、単に投資受入国にとって都合が悪いから批判されているのである。その理由として、一つには、上に挙げた例と異なり、投資仲裁の場合は、企業が期待した保護を受けられなかった場合に仲裁手続に訴えられるため、投資受入国がそうした企業を保護する意図を実際には持っていなかった場合にアンフェアな結果となるということが考えられる。第二に、当該第三国（投資家の国籍国）がさらに別の第三国と結ぶ BIT においては条約漁りが規制されている場合に、自国企業には当該第三国の企業と同じことが認められず、相互性が確保できないということが問題視される可能性もある。

これは、法的には仲裁廷の管轄権、すなわち条約上どのようなカテゴリーに該当する投資家が保護されるかという問題である。通常の BIT には、その当事国が保護しようとする「投資 (investment)」や「投資家 (investor)」の定義が規定されており、その範囲によって当事国が保護すべき投資家の範囲が決まるのである。以下で実例を見よう。

---

[147] Earthjustice et al., *Key Elements of Damaging U.S. Trade Agreement Investment Rules that Must Not Be Replicated in TPP* 20 (2012) < http://www.citizen.org/documents/tpp-investment-fixes.pdf >

[148] R. DOLZER & C. SCHREUER, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 54 (2008) は「『条約漁り』は違法でも非倫理的でもない」と述べる。

[149] もっともラテン系諸国には、自国の強行法規の適用を回避するために準拠法との連結点を操作する法律回避は「法の詐欺 (fraude à la loi) 」であるとして効力を否定する国際私法を持つ国がある（溜池良男『国際私法講義』203 頁（有斐閣、第 3 版、2005））。しかし法律回避により実際上の不利益・損害が生じるわけではないため、我が国はこうした処理を認めておらず、故に違法ではない。

2. Saluka 事件と「条約漁り」

「条約漁り」によって受入国が被害を受けたとして引き合いに出される例としては、Saluka対チェコ事件 (2006) [150]が有名である。この事件では、野村證券の欧州子会社がオランダに設立したSalukaが、チェコ＝オランダBITを利用して仲裁申立を行った。Salukaは民営化されたチェコの元国営銀行の株式の 46%を保有するために設立された持株会社であったが、チェコ政府は他の 3 つの国営銀行に対して与えた財政支援を、Salukaの投資していた銀行には与えなかった。その結果その銀行の経営が悪化し、公的管理の下に置かれた後にSalukaは株式を別の国営銀行に譲渡するよう命令を受けたという事件である。このBITは、保護すべき「投資家」のうち、法人投資家を「締約国の一の法に基づいて設立された法人」とだけ簡単に定義していた [151]。

訴えられたチェコは、Saluka が「オランダとの真正で現実の継続的な連関」を有しておらず、「投資家」と認定されるのに必要な条件を満たしていないと主張した。これに対して仲裁廷は次のように述べた。

「本仲裁廷は、BIT当事国と現実の繋がりを持たず、実際にはその国の法に基づいて設立されてはいない別の企業によってコントロールされたペーパーカンパニーに過ぎない企業には、その条約の条項を援用する権利が与えられるべきではないという議論に幾らかの同情を感じる。そうしたことが可能であるということは、企業に仲裁手続を濫用させ、広く非難される実行である『法廷地漁り (forum shopping) 』と問題点の多くを共有する『条約漁り』を行わせる。[152]」

しかしながら仲裁廷は、自身を導くのは「問題の条約の当事国が本仲裁廷の管轄権を設定することに合意したところの文言」であり、当事国には「投資家」の定義を決める完全な自由があることを指摘する。その上で、仲裁廷は当事国が合意していない定義を持ち出すことができず、「投資家」の定義が上に引用した通りである以上、「当事国自身が付け加えることが出来たにも関わらずそうしなかったその他の条件を、仲裁廷が追加することはできない」とし、SalukaがBIT上の「投資家」に当たることを肯定したのであった [153]。

Saluka事件の仲裁廷は、2 つの前提に依拠している。第一に、BITの当事国はそれにより保護される投資家の範囲をいかようにも決定できるということ。第二に、仲裁廷は条約の文言を無視して別の条文に書き換えることが出来ないということである。各国に条約締結の自由があることは条約法の大原則であり [154]、後者は「条約は（中略）用語の通常の意味

---

[150] Saluka Investments BV v. The Czech Republic, UNCITRAL Arbitration Rules 1976, Partial Award (17 Mar., 2006). 日本語での紹介として、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 1141 頁（2006）を参照。

[151] チェコ＝オランダ BIT 1 条 (b) (ii)。

[152] Saluka Investments BV v. The Czech Republic, *supra note* 150, para.240.

[153] Ibid, para.241.

[154] 条約法条約前文 4 段落。

に従い誠実に解釈される」旨を定める条約法条約 31 条において承認されている。

Saluka事件のBITのように、保護される「投資」「投資家」は一般に広く定義される傾向にあるが、それは投資の誘致に（たとえそれがペーパーカンパニーであっても）それだけのメリットがあると諸国が考えるからである [155]。そうであれば、明文で排除されていない投資家の保護を否定することが当事国の現実の意思に反するということも十分あり得るのであって、仲裁廷にそうした法の枠を外れた判断を期待することは出来ない。

3. 利益否認条項による解決

このように、「条約漁り」は仲裁廷にはどうしようもない問題であって、それを回避したいのであれば、各国が極小化に努めるべき問題である [156]。行き過ぎた「条約漁り」が問題だと考えるのであれば、「投資」「投資家」の範囲を狭めればよい。あるいは、利益否認条項 (denial of benefits clause) と呼ばれる立法技術の活用も考えられる。これは、投資受入国で実質的な経済活動を行なっていないペーパーカンパニーが投資協定による保護を受けることを否定する条項である。

例えば、2004 年に締結された中米自由貿易協定 (CAFTA) の 10.12.2 条は、次のように規定している。「一当事国は、他の当事国の企業たる他の当事国の投資家及びその投資家の投資財産に対して、否認国 (the denying Party) 以外のいずれの当事国の領域においても当該企業が実質的な事業活動を行なっておらず、かつ非当事国又は否認国の人 (persons) が当該企業を所有し又は支配している場合、本章の利益を否定することが出来る。」第三国国民の支配下にあり、他の当事国では実質的な活動をせず籍を置いているだけに過ぎないペーパーカンパニーは、投資受入国により投資協定の保護を否定されうるのである。

利益否認条項が実際に機能した最近の事例として、Pac Rim Cayman LLC対エル・サルバドル (2012) がある [157]。本件はCAFTAの利益否認条項が問題となった最初の事案であったが、仲裁廷は文言や文脈、規定の効果が異なることを理由にエネルギー憲章条約等他の条約の先例を参照せず、独自に解釈・適用を行った [158]。

申立人Pac Rim Cayman LLCは、元々ケイマン諸島で設立されたが、後に、CAFTA上の保護を得ることを目的として [159]米国ネヴァダ州法上の法人となり、カナダ法上の法人であるPacific Rim Mining Corporationにより完全に所有されるに至った。この企業はエル・サルバドル内の子会社を通じ、エル・サルバドル国内の鉱山に対して権利を保有しており [160]、こ

---

[155] 小寺彰, *supra note* 145, at 4.
[156] UNCTAD, INVESTOR-STATE DISPUTES ARISING FROM INVESTMENT TREATIES: A REVIEW 22 (2005).
[157] 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). 本件の要約として、本稿 VII-4 を参照。
[158] Ibid, paras.4.3 & 4.5.
[159] Ibid, para.2.41.
[160] Ibid, paras.1.1-1.2.

の鉱山の採掘コンセッション及び環境規制に関して紛争が生じた。

前提として、投資家の利益が否認されうることを主張立証する責任は被申立国にある[161]。仲裁廷は、被申立国が立証すべき要件として (1) 申立人国籍国（本件では米国）における実質的事業活動の欠如及び (2) 第三国（本件ではカナダ）国民による申立人の所有又は支配を挙げた。仲裁廷は (1) について仔細に検討を行った。

CAFTA上の保護を受けるために求められる米国国内での実質的事業活動は、申立人企業を保有している企業グループ全体の活動ではなく、申立人自身の活動でなければならない[162]。仲裁廷は、申立人企業には従業員がおらず、事務所も存在しないこと、株式保有以外の活動を行なっていないこと、銀行口座を有していなかったこと等、書面の上以外に物理的実体のなかったことを、申立人企業を保有していたカナダ企業の代表取締役の証言から確認した[163]。鉱山の探索や富の創出は申立人ではなく、このカナダ企業の活動であった[164]。

仲裁廷は、持株会社であれば当然に「実質的事業活動」を有していないということにはならないと留保し、通常の持株会社は取締役会や物理的な存在、銀行口座を有していると指摘した。しかし本件申立人はこうした形での持株会社ではなかった。さらに、ケイマン諸島から米国への国籍の変更があったにも拘わらず、活動実態は変化しておらず、米国の領域内での活動は行われていなかったことを理由に、申立人に対するCAFTA上の利益の否認を認め、CAFTAに基づく請求につき管轄権を否定した[165]。

このように、投資協定上の保護を得るために第三国から国籍だけを移したペーパーカンパニーを仲裁廷の管轄権から排除することは技術的に可能である。実際、最近の日本の投資協定は利益否認条項を含んでいることが多い（例えば、日本＝マレーシアFTA 91 条 2 項 (2005) はCAFTAのものとほぼ同じ規定である）。リークされたTPP投資章草案にも利益否認条項は含まれているようである（12.14 条）[166]。

ただしTPP草案の利益否認条項に対しては批判がある。米国のNGO “Public Citizen”が、「実質的事業活動」の要件が満たされるための基準は非常に低く、この規定は実質的には無意味であり、より強固な要件が必要であると主張しているのである[167]。もっとも、彼らも利益否認条項により問題が解決されうることを前提していることには注意すべきであろう。投資誘致の経済効果との比較衡量のうえで「投資家」の定義をどこまで狭めるか、あるいはどのような内容の利益否認条項を置くかは、まさに交渉当事国の自由に委ねられた法政策の問題である。

---

[161] Ibid, para.4.60.
[162] Ibid, para.4.66.
[163] Ibid, paras.4.69-4.70.
[164] Ibid, para.4.71.
[165] Ibid, para.4.92.
[166] *Supra note* 21.
[167] L. Wallach & T. Tucker, *supra note* 27, at 3-4.

C. 仲裁判断の予測可能性と一貫性

1. 投資仲裁における「判例法」の有無

投資仲裁は「判例の拘束を受けないので結果が予測不可能である」との批判もよく見られる[168]。

近代法一般にとって、法の内容（解釈）及びその適用の結果をクリアに予見できることは、法の名宛人の行動の自由を保障するために重要である。したがって、投資仲裁の結果にも予見可能性 (predictability) を期待することは正しい。

また、投資仲裁が「判例の拘束を受けない」ということも基本的に誤りではない。ICSID 条約 53 条 1 項は「仲裁判断は当事者のみを拘束する」と定めているためである。しかし、判例の形式的拘束力という厳密な意味では、国際司法裁判所 (ICJ)[169]や、通説的見解によれば日本の裁判所[170]も同様であり、投資仲裁に限った話ではない。そもそも先例が絶対に「正しい」という保証はどこにもなく[171]、先例に機械的に従うと不合理な結果を招く恐れがあるということは意識される必要がある。現に、判例法の国と名高いイギリスにおいても厳格な先例拘束性は 1966 年に放棄され、判例の変更が認められるようになっている[172]。

逆に、ICJや日本の裁判所にも「判例法 (case-law) 」と呼ばれる現象は存在し、判例に「事実上の拘束力」があるなどとも言われる[173]。これは、類似の事案に対して同じ法規範を適用するのであればその結果は同様のものであることが求められるという要請（「等しきは等しく扱え」、法の安定性）が働くためである[174]。また、その法廷の判断が客観的にも正しいということを権威づけ、説得力を増すという意味もある。同じことは投資仲裁にも当てはまり、実際の仲裁判断は、過去の仲裁廷が下した判断を数多く引用し、それに依拠しない場合はその理由を示すことが多い[175]。

このように投資仲裁において確認される「判例法」は、「それから離れる特別の理由のない限り、確立した先例には従うべし」という意味で、英米法系諸国や他の法域・国際裁判所のそれと実質的に同じである。従って、投資仲裁廷が「判例の拘束を受けない」か否かは問題の本質ではない。

---

[168] 中野剛志, *supra note* 61; P. Ranald, *Investor-state Dispute Settlement (ISDS): the Threat to Health, Environment and other Social Regulation* (2011) <http://aftinet.org.au/cms/sites/default/files/pranald%20forum%20100911.pdf>

[169] 国際司法裁判所規程 59 条。

[170] 団藤重光『法学の基礎』167 頁（有斐閣、第 2 版、2007）。

[171] もっとも、裁判の「正しさ」の指標は、価値相対主義の観点から、実体的正義論から手続的正義論へと移行してきたとされ（玉田大『国際裁判の判決効論』27-28 頁（有斐閣、2008））、裁判が「正しい」と言うとき、それは実体的には判断内容の一応の合理性を意味しうるに過ぎない。本章ではそのような意味で「正しい」「誤り」といった言葉を用いる。

[172] House of Lords, Practice Statement HL Judicial Precedent [1966] 1 WLR 1234.

[173] 団藤重光, *supra note* 169, at 167.

[174] 酒井啓亘ほか, *supra note* 19, at 169-71〔濵本正太郎〕.

[175] T.-H. Cheng, *supra note* 132, at 1037; C. Schreuer & M. Weiniger, *A Doctrine of Precedent?, in* THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 1188, 1189 (P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer eds. 2008).

2. 問題の所在 ― 「二国間」投資協定の遍在

では、投資仲裁の結果が予測不可能であると言われるのは何故か。実際に予測不可能か否かの検証は容易ではない[176]。ここでは、仮にそのような傾向があるとして、考えられる要因は何かを検討するに留めたい。

投資仲裁が予測不可能、あるいは一貫性を欠くとすれば、それは判例の拘束を受けないからでも、「判例法」がないからでもなく、2600 余りの投資協定（その多くは二国間で締結されるBITである）が概して実体義務を抽象的にしか規定していない上、その規定も条約毎に細部において異なるからである[177]。条約の解釈は、例えば「公正かつ衡平な待遇」という用語単独で行われるのではなく、条約法条約 31 条・32 条に従い、条約の趣旨・目的、前文や他の規定の書きぶりといった広義の文脈の中で一体的・整合的になされなければならない[178]。仲裁廷はその当事者間で適用される特定のBITに固有の意味を探求する以上、あるBITに関してなされた解釈が別のBITでも妥当するとは限らない[179]。そのため、一見同様の文言が用いられていても、条約毎に様々な解釈が現れてしまうのである。

二国間で条約を締結する以上、他のあらゆるBITの解釈と同じ解釈を仲裁廷が採用することを国家が常に期待しているとは考えられない。重要なことは、個々の仲裁廷の条約解釈が「用語の通常の意味」を与えるものであると、条約解釈規則に基づいて十分に説明されていることである（そこには類似の条約に関する先例の分析も含まれる）。それが達成されている限り、その結果導かれる解釈は当事国の意図を反映しているとみなされなければならず[180]、仮にその結果が当事国の「現実の」意図と矛盾していたとしても、そのリスクは「誤解」を招くような形で条約を起草した当事国が引き受けるべきだからである[181]。これは本質的には個々の条文の解釈適用の問題であり[182]、実際の仲裁廷の解釈がどのようなも

---

[176] 関岡英之, *supra note* 123, at 83 は、投資仲裁が予測不可能であるとする論拠として外務省経済局 EPA 交渉チーム編『解説　FTA・EPA、交渉』（日本経済評論社、2007）を挙げるが、本書の ISDS 条項を扱った箇所では「同様のケースに対して異なる判断が下る可能性があり、『判断のゆらぎ』という一貫性にまつわる問題がある」（234 頁）としか述べておらず、予測不可能であるとは断言されていない。

[177] UNCTAD, INVESTOR-STATE DISPUTES: PREVENTION AND ALTERNATIVES TO ARBITRATION 3 & 16 (2010); 濵本正太郎「投資協定仲裁の公的性質と ICSID 仲裁判断取消制度の新展開」法学論叢 170 巻 4・5・6 号 395 頁〔403 頁〕（2012）。

[178] 濵本正太郎「国際投資仲裁における解釈手法の展開と問題点」日本国際経済法学界年報第 19 号 55 頁〔60 頁〕（2010）。

[179] *See e.g.* MOX Plant (Ireland v. U.K.), Provisional Measures, 5 ITLOS Reports 2001, 86, para.50-51 (3 Dec., 2001, ITLOS).

[180] United Nations International Law Commission, *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*, *reprinted in* [1966] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 221, U.N. Doc. A/CN.4/191.

[181] 用語に「特別の意味」があることを立証する責任はそれを主張する側にある（条約法条約 31 条 4 項; Legal Status of Eastern Greenland (Nor. v. Den.), 1933 P.C.I.J. (ser.A/B) No.53, at 49 (5 Apr.); Western Sahara, 1975 I.C.J. 12, 53 (16 Oct.) ）。

[182] J.A. VanDuzer, *Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration Through Transparency and Amicus Curiae Participation*, 52 MCGILL L. J. 681, 692 (2007).

のかは既に見たとおりである。仲裁廷による「誤解」のリスクを回避するための方策として、条約を明確な文言で具体的に起草することが考えられるが [183]、その実例は後ほど見ることにする [184]。

3. 同一事実への同一規範の適用

以上の議論は、条約の解釈は条約毎にある程度異なって当然であるという前提に基づいている。従って、全く同じ事案に全く同じ条約を適用したにも拘わらず、複数の仲裁廷の判断が食い違う場合は問題の状況が異なる [185]。アルゼンチンの経済危機に関連して出された一連の判断がその典型である。

2000 年から 2001 年にかけて、アルゼンチンは大規模な経済危機に見舞われた。それまでアルゼンチンは、ガス事業の民営化に伴い外国人投資家を誘致するための政策を推進していたが、経済危機に伴い、こうした政策を覆した。これが、アメリカ=アルゼンチンBIT（米亜BIT）に違反すると主張され、多くの仲裁廷が設置された。その中で、同一の条約・慣習国際法を適用したにも拘わらず、アルゼンチンの政策変更が正当化されるか否かについて仲裁廷の判断が分かれたのである。このことにより、BITを結び投資仲裁を受け入れると、自身の行為が正当化されるかどうかが不明確であるために、緊急時に適切な対応がとれなくなることが考えられ、実際、ベネズエラ、ボリビア、エクアドル等中南米の国家にはICSID条約を脱退したりICSID仲裁廷の管轄権を制限したりする動きが見られた [186]。

問題の事件は、CMS事件 (2005) 、LG&E事件 (2006) 、Enron事件 (2007) 及びSempra事件 (2007) の 4 件である。この中で、アルゼンチンの行為が正当化されることを認めたのはLG&E事件仲裁廷のみであり、これを否定した 3 件は、取消を求めたアルゼンチンによりICSID条約 52 条に基づき特別委員会 (ad hoc Committee) に付託された。その後、CMS事件特別委員会の決定の後に出されたContinental Casualty事件判断では、LG&E事件・CMS事件取消委員会決定に沿った結論が導かれた。これらの判断の相違がどうして生じたのかを検討することで、それが投資仲裁の不可避な病理によるものかが明らかになると考えられる [187]。

いずれの事案においてもアルゼンチンによる BIT 違反は明らかで、争点はこの違反が何

---

[183] UNCTAD, *supra note* 177, at xx.
[184] 本稿 V-C-4-(b)。
[185] Australian Government Productivity Commission, *supra note* 43, at 273.
[186] W.M. Burke-White, *supra note* 17, at 223.
[187] 4 事例の紹介・分析として、山田卓平「最近の ICSID 仲裁事例における緊急避難をめぐる判断」国際法外交雑誌 106 巻 3 号 56 頁（2007）; 川瀬剛志「投資協定における経済的セーフガードとしての緊急避難—アルゼンチン経済危機にみる限界とその示唆—」RIETI Discussion Paper Series 09-J-003 等を参照。特別委員会の活動に関しては、濵本正太郎, *supra note* 177.

らかの形で正当化されるか否かであった。その可能性は 2 つ、すなわち (1) 慣習国際法による正当化（緊急避難）か、(2) BIT 自体による正当化（例外条項）である。

(1) 緊急避難：慣習国際法上、たとえ国家が義務に違反したとしても、それが正当化される例外的な場合があることが最近になって明確に認められるようになっている [188]。アルゼンチン経済危機で援用されたのが、落ち度のない条約相手国に対しても義務違反を正当化できる「緊急避難 (necessity。緊急状態 (state of necessity) と呼ばれることもある。) 」である。いかに緊急状態とは言え、自国の都合で無辜の相手国に損害を与えることを正当化する以上、国家責任条文 25 条によれば、緊急避難は次の 5 つの要件が全て満たされた場合に例外的に認められるに過ぎない。(i) 国家の根本的利益を保護する必要性、(ii) 重大かつ切迫した危険の存在、(iii) 義務違反が危機回避の唯一の方法であること、(iv) 相手国・国際社会全体の利益の侵害と均衡した措置であること、そして(v) 義務違反国自身が緊急事態の発生に寄与していないことである。

(2) 例外条項：他方、米亜 BIT 11 条には、緊急事態時に必要な措置をとることは妨げられない旨の規定があった。それによれば、「公的秩序の維持、国際の平和又は安全の維持回復に関する義務の履行若しくは自国の不可欠の安全保障に関する利益の保護のために必要な措置をいずれかの当事国がとることを本条約は妨げるものではない」とされていた。アルゼンチンの政策変更がこうした緊急事態に対応するための「必要な措置」であれば、条約違反とはされないということである。

最初に出された 4 つの仲裁判断は (a) 緊急避難を認めず、さらに例外条項による正当化も認めなかった事案 (CMS、Sempra、Enron) と、(b) まず例外条項による正当化を認め、補足的に緊急避難の要件の充足を認めた事案 (LG&E) とに割れた。

(a) 緊急避難を認めなかった事案（CMS 事件、Enron 事件、Sempra 事件）

これら 3 つの仲裁廷は、緊急避難の抗弁を認めなかった。ここでは、代表例として 4 事例の内最後に判断が出されたSempra事件を検討する [189]。仲裁廷はまず、次のような事情を理由に緊急避難の要件の充足を否定した。

(i) アルゼンチンの公序や社会不安は憲法上の措置により対処されていた [190]。(ii) 事態が現に政府のコントロールを超えていたという説得的な証拠がない [191]。(iii) 経済危機への対処方法には多くのアプローチがあり、アルゼンチンの措置が唯一の方法だったとは言えない [192]。(iv) 国際社会全体の利益 [193]・他の当事国の利益 [194]は問題とはなっていない。しかし

[188] Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hung. v. Slovk.), 1997 I.C.J. 4, para.49-59 (25 Sept.).
[189] Sempra 事件の概要については、川瀬剛志, *supra note* 187, at 19-20 を参照。
[190] Sempra Energy International v. Argentina, ICSID Case No.ARB/02/16, Award, para.348 (28 Sep., 2007).
[191] Ibid, para.349.
[192] Ibid, para.351.
[193] Ibid, para.352.

投資協定の究極の受益者たる本件申立人の本質的利益は深刻に侵害されている[195]。(v) 経済危機についてある程度はアルゼンチンの実質的な寄与が認められ、専ら外在的要素によるものだったとは言えない[196]。以上の要件は累積的に満たされなければならず、結論として、緊急避難は認められない[197]。

他方BIT 11 条による正当化について仲裁廷は、11 条が経済危機の場合にも適用できることを認めながらも[198]、「不可欠な安全保障上の利益」が何かが条文上定義されていないことを指摘し[199]、慣習国際法上の緊急避難と基準は同一であると判断した[200]。緊急避難の要件が満たされていないことは既に認められているので、それに加えて新たな判断はされていない[201]。

仲裁廷は、11 条の問題は「必要性」の要素を条約が定義していないことにあり[202]、条約が例外事由の概念・条件を定義していたならば結論が異なることはあり得たと述べている[203]。

(b) 例外条項による正当化を認めた事案（LG&E 事件）

他方で、LG&E事件仲裁廷は 11 条の例外条項と慣習国際法上の緊急避難を同一のものだとは捉えなかった。仲裁廷は、一般国際法は条約の解釈適用に必要な限りにおいて適用されると述べ[204]、原則として条約が優先的に適用されることを強調した[205]。

仲裁廷は 11 条の 2 つの要件 (i) 不可欠の安全保障に対する利益、(ii) 必要な措置を検討した[206]。(i) については、アルゼンチンで生じた暴動や無秩序、失業率の増加や国民の生活の危機といった事情からこれを認めた[207]。(ii) 措置の「必要性」については、安全保障上の利益の保護手段にはいくつかの選択肢があるが、アルゼンチンのとった措置は必要かつ正当な方法 (a necessary and legitimate way) だったと判断し[208]、11 条に基づく正当化を認めた[209]。

さらに仲裁廷は、傍論として緊急避難の検討に移り、緊急避難の要件が満たされている

---

[194] Ibid, para.390.
[195] Ibid, para.391.
[196] Ibid, para.354.
[197] Ibid, para.355.
[198] Ibid, para.374.
[199] Ibid, para.375.
[200] Ibid, para.378.
[201] Ibid, para.378.
[202] Ibid, para.378.
[203] Ibid, para.375.
[204] Ibid, para.206.
[205] LG&E Inc. v. Argentina, ICSID Case No.ARB/02/1, Decision on Liability, para.206 (3 Oct., 2006).
[206] Ibid, para.205.
[207] Ibid, paras.230-37.
[208] Ibid, paras.239-42.
[209] Ibid, para.245-56.

ということが、仲裁廷の上の結論を支持するとした[210]。Sempra事件仲裁廷とは異なる事実認定がなされていることが注目される。

ただし、仲裁廷の結論は例外条項により与えられており、緊急避難の検討は余分な傍論であることには注意しなければならない。この部分の検討がなされたのは、より厳格な緊急避難の要件をも充足していることを示すことで、例外条項による正当化が認められるという仲裁廷の結論を補強するためと解される[211]。

以上の判断の相違は大きく 2 つのレベルで生じている[212]。第一に、11 条の例外条項を緊急避難とは独立かつそれに優先する抗弁と考えるか否かという規範面での食い違い、第二に、第一の点を否定して 11 条と緊急避難の要件を同一だと理解するとして、緊急避難の要件が満たされているか否かという事実認定の食い違いである。

4. 相反する条約解釈

第一の点から検討する。まず、国家責任条文を起草した国連国際法委員会 (ILC) によれば、緊急避難は「違法性阻却事由」であり、国際法上の義務違反が存在することがその発動の条件とされている（二次規則としての国家責任法）。従って、米亜BIT 11 条による正当化を検討する前に緊急避難の検討に入ったSempra事件は、11 条を緊急避難の援用を妨げない旨の「確認規定」だと解釈したものと考えられる[213]。このように解すると、適用する規範が 11 条であれ慣習国際法であれ、緊急避難の極めて厳格な要件をクリアしなければ義務違反が正当化されないこととなる。

しかし同時に、11 条は緊急避難よりも緩やかな要件での義務の不適用を認めた規定だとも解釈できる。LG&E事件の立場はこちらであり[214]、CMS事件の特別委員会決定は、CMS事件仲裁廷がこの解釈を採らなかったことは「法の明らかな誤り (manifest error of law) 」であると批判している[215]。すなわち、米亜BIT 11 条は義務の適用自体をストップするのに対し緊急避難は義務の適用の結果を正当化するということ、及び緊急避難の要件の内 11 条には定められていない要件があるということから、両者は異なる機能・内容を有しているというのである[216]。

以上 2 つの解釈の内、LG&E事件・CMS事件特別委員会の論理は一見して筋が通っており、説得的である[217]。それでは、Sempra事件は何故この解釈を採らなかったのだろうか。

---

[210] Ibid, para.245.
[211] 山田卓平, *supra note* 187 , at 69.
[212] *Cf.* Sempra Energy International v. Argentina, *supra note* 190, para.346.
[213] W.M. Burke-White, *supra note* 17, at 213.
[214] 川瀬剛志, *supra note* 187, at 25.
[215] CMS v. Argentina, ICSID Case No.ARB/01/8, Award, para.130 (12 May, 2005).
[216] Ibid, para.131-34.
[217] 濵本正太郎「適用すべき法の不適用と権限踰越による仲裁判断の取消」JCA ジャーナル 57 巻 10 号 25 頁〔29 頁〕（2010）。

(a) 何故矛盾が生じたのか

仲裁廷の判断が食い違った原因は例外条項の曖昧な規定ぶりにあり、仲裁廷に解釈が殆ど丸投げされてしまったことにある[218]。

そもそも、本BIT 11 条は安全保障上の例外を念頭に置いており、経済危機状態に適用されることを想定していなかった[219]。よって、いずれの仲裁廷もこの条項を言わば無理矢理に適用し、アルゼンチン救済の可能性を模索している。その中でSempra事件仲裁廷は、「条約が例外事由の概念・条件を定義していたならば結論が異なることはあり得た」という一文から窺い知れるように[220]、正当化の明確な基準をBIT中に見つけることが出来ず、主観的判断に陥る恐れのある「必要性」の判断よりは、要件がいくらか明確な緊急避難の法理に依拠する方がよいと考えたと推測される。実際、LG&E事件の「必要性」の判断は、アルゼンチンの措置が「必要かつ正当 (necessary and legitimate) 」で「合理的 (reasonable) 」であるとするのみで、その判断基準は不明瞭である。

この点、CMS事件取消委員会決定の後に出されたContinental Casualty事件 (2008) では、米亜BIT 11 条の必要性基準を、経済的措置の文脈において必要性要件を扱ってきたGATT/WTOの判例法から導き出している[221]。法的な観点からはWTO法への依拠に疑問なしとはできないが[222]、Tecmed事件について述べたように、国家の行為の正当化を志向するこのアプローチは必ずしも不合理なものとも言い切れないように思われる。

いずれにせよ、条約解釈の矛盾に対する処方箋の一つは、例外条項の内容を具体的に起草することであることが分かった。

(b) 条約解釈の予測可能性の向上

こうした教訓から、最近の BIT には環境や健康、経済の保護のための措置について具体的な例外をセーフガードとして設ける場合が増えている。その規定ぶりはバラエティに富んでおり一般化は簡単ではないが、例えば日韓 BIT は、知的財産保護（6 条）、安全保障（16 条）及び租税（19 条）それぞれにつき例外を設けている。さらにアルゼンチンで起こった経済危機のような場合を想定して、5 条 7 項は「各締約国は、資金上、経済上又は産業上の例外的状況においては、附属書 II に特定する分野又は事項についていかなる例外措置も採用することができる」とし（傍点筆者）、その手続的条件として相手方への通報や協議の手続を定める。附属書 II では、日本は韓国より多く 15 項目を留保しており、農林水産業、石

---

[218] 川瀬剛志「例外規定 — 類型と解釈の多様性」小寺彰編『国際投資協定』156 頁〔164、170 頁〕（三省堂、2011）。
[219] 川瀬剛志, *supra note* 187, at 53-54.
[220] Ibid, para.375.
[221] Continental Casualty v. Argentina, ICSID Case No.ARB/03/9, Award, para.192 (5 Sep., 2008).
[222] 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た例」JCA ジャーナル 56 巻 12 号 2 頁〔6 頁〕（2009）。

油業、鉱業、鉄道、航空運輸業、電気通信、警備業等が列挙されている。また、4 条 1 項ではより一般的な例外として、公正衡平待遇・収用以外の実体義務に適合しない例外措置を採ることが出来る分野として附属書 I に列挙された事項が認められ、日本は原子力産業や宇宙開発産業、領海・内水における漁業、電気・ガス等を留保している。

このように例外規定を事項ごとに具体的に定めることで適用範囲を明確にし、予見可能性の向上に繋がり、「いかなる例外措置も」と規定することで仲裁廷による審査を予め制約することが期待される。

5. 相反する事実認定

第二の問題は、緊急避難の要件に該当する事実が存在するか否かという事実認定が仲裁廷によって食い違った点である。これは、アルゼンチンの経済政策の評価について経済学者の見解が鋭く対立したことに加え、そもそも緊急避難の法理自体が発展途上にある慣習法規範であったことにもよるとされる[223]。

結論としては、関連する他の仲裁判断の既判力を受けない複数の仲裁廷がそれぞれ判断を行う以上、この問題は不可避である[224]。関連する前訴判断の既判力や関連仲裁の併合を認めるか、上訴制度による判断の統一等によらなければ根本的解決は不可能であるが、現在のICSIDの制度において上訴制度は取り入れられず、既判力もその事件の当事者にしか及ばない[225]。後に検討するように、この点に関する制度改革が近い将来に実現する見込みは乏しい。

ただし、4 つの事件の内少なくとも 3 つは同様の事実認定（それが「正しい」か否かはともかく）を行ったということは注目される。これら 3 つの仲裁廷の長は共通で、4 つのどの事件でも、多数派を構成する仲裁人がなるべく重なるように選定されており（下表参照）[226]、ICSID事務総長が判断の相違を回避するために行動した結果だとする評価がある[227]（もっとも、同じ仲裁人でも事件によって立場が変わることがあり、一貫性が常に保証されるわけではない[228]）。このように仲裁廷の構成に気を配ることで、同一事案の判断がなるべく統一されるよう方向づけることが可能であることを示唆しているのかも知れない。他方で、構成の類似した仲裁廷が連続して判断を下すと、上訴制度のない現在の制度では、たとえそれが「誤り」であっても先例的価値が生まれてしまい、不当であるとの批判もある[229]。

---

[223] 山田卓平, *supra note* 187, at 57.
[224] 玉田大, *supra note* 171, at 49.
[225] ICSID 条約 53 条 1 項。
[226] 仲裁人のプロフィールの紹介として、D. Schneiderman, *Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes*, 30 NW. J. INT'L L. & BUS. 383, 414 *et seq*. (2010).
[227] R.D. Bishop & R.J.A. Luzi, *Investment Claims — First Lessons From Argentina, in* INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION: LEADING CASES FROM ICSID, NAFTA, BILATERAL TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW 425, 550 (T. Weiler ed. 2005).
[228] D. Schneiderman, *supra note* 226, at 397-98.
[229] W.M. Burke-White, *supra note* 17, at 222.

二国間条約に基づきアド・ホックに設置されるという仲裁廷の相対性に起因するこの問題の解決は容易ではない。さしあたりは、可能な限り仲裁判断の透明性を向上させて「裁判官間の対話 (dialogue des juges) 」による判例統一に期待するしかないであろうか[230]。

しかし他方で、複数の仲裁判断が相矛盾するという可能性が投資仲裁の正統性・制度的意義を完全に没却するわけでもない。国際的な制度の不完全性に対しては常に批判が加えられなければならないが、それを理由にあらゆる制度が直ちに否定されていては、もとより不完全な国際社会の存続さえ立ち行かない。適切な政策判断をするためには法制度の意義と限界とを正確に見極めることが必要なのである。

表：アルゼンチン経済危機事案の仲裁廷の構成（同じ仲裁人は同色で塗りつぶし）

事件（時系列順）	長	申立人指名仲裁人	被申立国指名仲裁人
CMS (2005)	F.O. Vicuña	M. Lalonde	F. Rezek
LG&E (2006)	T.B. de Maekelt	A.J. van den Berg	F. Rezek
Enron (2007)	F.O. Vicuña	P.-Y. Tschanz	A.J. van den Berg
Sempra (2007)	F.O. Vicuña	M. Lalonde	S.M. Rico

D. 仲裁費用負担

外国人投資家により仲裁に訴えられるだけで、これに応じる被申立国は一定の仲裁費用を負担しなければならず不合理である、という批判もなされている。投資仲裁を進める際には、仲裁機関に納める費用（仲裁人報酬、交通費、専門家や証人の証言のための必要経費等）と、各当事者が主張を行うために雇う弁護士の費用が必要となる。実際に仲裁手続は終了までに長期間かかることもあって、仲裁費用は高額になりやすい。また国が一度に多くの投資家から訴えられ、いくつものケースを同時に抱える可能性もある[231]。これを現実に負担するのは、納税者たる投資受入国国民である[232]。

この問題は、究極的には投資協定により得られる便益とそのために負担される費用・リスクとの関係に帰着する。投資仲裁による投資家保護の是非を政策として検討するのであれば、問題はその設立・維持・運用費用の絶対値ではなく、それが便益との比較において多過ぎるか否かであるはずだからである。従って、ある仲裁でいくらの賠償が命じられた、という事実は、それだけでは意味を持たない。

この点、国家が仲裁に訴えられることは、ただ費用の負担という消極的意味だけではなく、むしろ勝訴できれば自国の投資環境が条約適合的で投資家に望ましいものであるとい

[230] 濵本正太郎, *supra note* 177, at 416.
[231] 先に述べたアルゼンチン経済危機に関しては、アルゼンチンに対して 50 件ほどの仲裁が申し立てられている。<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> *See*, D. Schneiderman, *supra note* 226, at 384.
[232] Public Citizen, *supra note* 79, at 79 & 81.

うことを一般に宣伝できるという効果をも有することに留意すべきである。従って、たとえ受入国勝訴の場合[233]であっても、それに要した弁護費用は第三者機関により自国の投資環境が適切であるという保証を得るための対価と考えられ、決して「無駄金」ではない[234]。

ただし、費用便益の正確な判断のためには、法的な問題として費用が合理的に配分されているかどうか検討する必要がある。なぜなら、そのような費用配分は投資協定が目標とするところの金銭の効率的配分に適わず、かつ投資仲裁の正統性を引き下げることとなるためである。それは特に、(1) 結果的に僅かな賠償額しか認められなかった事例において、多額の費用を国家が負担させられる場合、及び (2) 明らかに主張の根拠を欠く投資家により仲裁が申し立てられた場合に問題となる。

1. 賠償額に対して費用が遥かに多額である場合

例として、先に見たPope and Talbot対カナダ事件を取り上げよう。この事件では投資家の主張が殆ど認められず、賠償額は約 40 万米ドルと比較的少額であったにも関わらず、カナダ政府はそれを遥かに上回る約 75 万米ドルの仲裁費用及び約 390 万加ドルの負担を強いられた[235]。ごく僅かの賠償をめぐって多大な時間と労力を割かざるを得なかったことは、確かに不合理な結果のようにも思われよう。

しかし、結果だけを見て裁判の「正しさ」につき判断を下すことは厳に慎むべきことである[236]。この事件の仲裁規則は 1976 年版UNCITRAL仲裁規則であったが、費用に関する 42 条 1 項は、仲裁手続を進める上で要した費用につき敗訴者 (unsuccessful party) 負担の原則を採用している。従って問題は仲裁廷が本件の「敗訴者」を誰と考え、何故そう考えたかである。

本件では仲裁当初主張した額の約 0.1%の賠償額しか得られなかった投資家が「敗訴者」であるように一見思われるが、仲裁廷は実際にはより細やかな判断を行っている。すなわち、カナダの側も管轄権に対する 3 種類の抗弁等重要な法的論点において主張に失敗していること、そして、仲裁廷による自由貿易委員会解釈ノートの検討に対して証拠資料・準備作業資料の提出を拒否し遅滞させ、一度提出した文書を引き上げたことなど、「残念 (unfortunate)」で「受け入れがたい (not acceptable)」態度が見られ、仲裁廷の作業に支障をきたしたことを考慮している。そのため仲裁廷は「各当事者の勝ち負けは拮抗している」と結論づけ、仲裁費用については概ね半額ずつ、弁護費用については各々自己の費用を負

---

[233] この場合、UNCITARAL 仲裁規則に基づく仲裁であれば、仲裁費用を負担するのは敗訴者の投資家である (UNCITARAL 仲裁規則（2012 年）42 条)。ICSID 条約には仲裁費用の負担に関する規定はなく、伝統的には仲裁費用は両者按分の判断が下されていたが、最近では敗訴者が仲裁費用を負担することを命じる判断が下される傾向にある。

[234] 投資仲裁において米国が「負けなし」であるということはこの文脈で理解されるべきではないだろうか。

[235] Pope & Talbot Inc. v. Canada, *supra note* 117, para 6 & 18.

[236] *Cf.* 玉田大, *supra note* 171, at 61.

担するとしたのである[237]。

もっとも、本件仲裁廷による解釈ノートの検討は訴訟経済の考慮に反していたという指摘がある[238]。これを前提とすれば、蛇足な作業のために必要な証拠を提出しなかったことに対してカナダを責められるのかという批判も考えうるところである。しかし先に指摘したように、本件での解釈ノート検討はNAFTA当事国の意図を慎重に検討するための作業であると考えられ、むしろ積極的に評価するべきであろう。

一つの事例だけをもって一般的な判断を導くことはできないが、仲裁コストが実際の賠償額に見合っていないように見えるこの事例においても、仲裁廷はあくまで事情を考慮したうえで合理的な費用配分を追求していたことは認識しておく必要がある[239]。

2. 明らかに主張の根拠を欠く投資家により仲裁が申し立てられた場合

上で見た例は、僅かなりとも条約違反が認められたケースである。他方投資仲裁においては、明らかに主張の根拠を欠くにも関わらず仲裁申立が行われるケースがある。一般に「手続の濫用 (abuse of process)」と呼ばれる現象である。この場合、投資家が敗訴することは当然であるので仲裁費用は問題とならないが、被申立国が自己の弁護費用を負担しなければならないとすれば、直観的に不当な結果となる。

投資仲裁においては、こうした「手続の濫用」の場合に敗訴者たる投資家が被申立国の弁護費用をも負担するよう判断することが認められてきた。

そうした例として、ICSID追加制度に基づくEurope Cement対トルコがある[240]。この事例では、トルコによるコンセッション契約の終了がエネルギー憲章条約に違反すると主張された。申立人はポーランドの株式会社であるEurope Cement社であり、この契約に関係していたトルコ 2 会社の株式を所有していたことを管轄権の基礎として援用した。これに対して被申立国側が、申立人が当該株式を所有していることを証明できていないと反論したところ、申立人は転じて本件仲裁手続の中止を求めたが、被申立国が反対したため手続は継続した。その後の審理において申立人は、管轄権の根拠であるトルコ 2 会社の株式を証拠として提出できないことを認め、仲裁廷の管轄権が欠如していると自ら主張した。

仲裁廷は、訴訟費用の全額（仲裁機関への費用として約 26 万ドル、被申立国側の弁護費用として約 390 万ドル）を申立人が負担するように命じ、その趣旨として次のように述べた。

「全費用を申立人の負担とすることは被申立国が管轄権の主張のない請求を防御しなけ

---

[237] Pope & Talbot Inc. v Canada, UNCITRAL Arbitration Rules 1976, Award in Respect of Costs, para.17 (2002).

[238] D.A. Gantz, *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, 97 AM. J. INT'L L. 937, 949 (2003).

[239] *Cf*. UNCITRAL 仲裁規則（2012）42 条 1 項後段。

[240] Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award (13 Aug., 2009). 本件の評釈として、猪瀬貴道「偽装された投資家による仲裁申立」JCA ジャーナル第 58 巻 2 号 18 頁（2011）を参照。

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[241]。」

このことから、仲裁廷としても明らかに主張の根拠を欠く投資家による濫訴の危険を理解しており、これを防ぐ方策として被申立国の弁護費用の全額負担を申立人に命じているのである。

3. 小括

以上見てきたように、費用配分が合理性を欠かないようにするための法的枠組が投資仲裁には用意されており、投資仲裁というサービスを利用するための必要経費として引き受けられるべきだと思われる。

より深刻になり得る問題は、財政状況の厳しい国家や発展途上国など、投資協定により得られる便益に対する金銭的リスクを背負いきれない国をどうするかである。こうした国家が投資家から訴えを起こされることを恐れて、あるいは仲裁申立により脅されて、自国に不利な政策変更・和解を強いられるのではないかという可能性も指摘されている[242]。現時点でこの問題に対する処方箋はない。今後の課題として、発展途上国が仲裁費用を賄えるよう、国際的な基金の設立等によって対処していくことが考えられるだろう[243]。

E. 仲裁判断の終局性

1. 問題の所在

「審理は一切非公開で、判定は強制力をもつが、不服の場合でも上訴できないという信じ難いほど無茶苦茶な制度」という批判は、仲裁手続に関して繰り返し指摘されている[244]。確かに、現在の投資仲裁制度には上訴の手続は用意されていない。ICSID条約 53 条 1 項における上訴の禁止は、「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」と極めて明確である。従って、「不服の場合であっても上訴できない」という指摘は正しく、三審制が採用されている日本の国内裁判手続等と比較すると、確かに正統性において見劣りするように思われる。なぜなら、上訴が認められないと、実体的に「誤った」判断でも修正されないまま通用し、場合によっては、アルゼンチン経済危機の例のように矛盾した判断が併存する可能性があるためである。

---

[241] Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey, *supra note* 240, para.185.

[242] J. Perez et al., *Sleeping Lions International investment treaties, state- investor disputes and access to food, land and water*, Oxfam Discussion Papers 29 (2011) <http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/dp-sleeping-lions-260511-en.pdf#search='investment%20treaty%20arbitration%20forum%20shopping%20TPP>

[243] 国際司法裁判所や国際海洋法裁判所については、発展途上国向けに基金が設立されている。<http://www.un.org/law/trustfund/trustfund.htm>, <http://www.un.org/Depts/los/itlos_new/itlos_trust_fund.htm> また、WTO 紛争処理手続については、途上国を支援するために Advisory Centre on WTO Law が設立されている。<http://www.acwl.ch/>

[244] 関岡英之, *supra note* 123, at 83.

では、投資仲裁に上訴手続が取り入れられていないのは何故なのか。また、投資仲裁には一切不服申立のための制度が存在しないのだろうか。

2. 何故上訴が認められていないか

一般に、仲裁 (arbitration) の特徴は手続の柔軟性と簡便性にあるとされる。紛争当事者は、特定の紛争事案・紛争類型に精通した専門家を仲裁人として選定することができ、これにより仲裁判断の実体的な妥当性と、両当事者が選んだ仲裁人として一定の手続的な正統性が期待される。そのため仲裁は一審制をとり、これは国家間仲裁制度から発展したICJ[245]や、私人間の仲裁でも同様である[246]。

他方で上訴 (appeal) は、国家の提供する裁判手続における制度であり、不当判決からの当事者の救済と法解釈の統一を目的とする[247]。多くの場合二国間で結ばれるBITに基づいて個別的 (ad hoc) に設置される投資仲裁は後者の要請を受けにくく、また仲裁人を紛争当事者自身が選任することから前者の要請も小さい。また手続の簡便性という観点からも諸々のコスト増加を伴う上訴制度は仲裁制度に親和的ではない。さらに、上訴を認めれば「上訴合戦」を招き紛争の終局的な解決が遅れる恐れもある。こうした事情から、1966 年のICSID条約では上訴制度が否定されたのである。

その一方で最近では、先に見た相互に矛盾する仲裁判断の登場や、仲裁判断が被申立国国民に与える実質的影響の認識から、上訴制度の導入の必要性が説かれるに至っている。それにも拘わらずそれが実現していないことには、いくつかの実際的な事情がある[248]。

最大の問題はコストの増大である。仲裁判断の統一を目指すのであれば、上訴判断の矛盾を防ぐために常設の上訴機関の設置が必要だが[249]、そのためには裁判官と事務局の運用コストが必要である。さらに上訴のためには手続をやり直す必要があり、時間を要し、当事者の側の金銭的負担も増大する。ひいては金銭的余裕のない国にとっては利用しにくい制度となる恐れがあり、仲裁という「簡便な手続」をとった意味がなくなってしまう。

また、ICSID 条約の改正には全当事国の同意が必要であり（ICSID 条約 66 条 1 項）、1966 年の制定以来改正が実現したことはない。また、別の条約を新たに締結して上訴制度を設立することも考えられなくはないが、判例を統一するためには IIA を有する全ての国が加盟する必要があり、事実上難しい。結局は上訴制度が追加的に設立されるには至っていない。

---

[245] ICJ 規程 60 条。

[246] 中野禎一郎ほか編『新民事訴訟法講義』8 頁（有斐閣大学双書、第 2 版補訂 2 版、2006）。

[247] Ibid, at 593.

[248] 玉田大「投資仲裁における上訴メカニズム」財団法人国際貿易投資研究所公正貿易センター『「投資協定仲裁研究会」報告書』71 頁（2010）< http://www.meti.go.jp/policy/trade_policy/epa/pdf/fy21_IA_Report.pdf>

[249] ICSID Secretariat, *Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*, para.4 < https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_%20Announcement22 >

3. 上訴以外の「不服申立」手続

このように、投資仲裁への上訴制度の導入は近い将来に実現しそうにはない。他方で、上訴「のようなもの」がないわけではない。これを上訴手続として利用することはできるだろうか。

(a) 取消手続の創造的利用？

まず、ICSID 条約では、仲裁判断が出された後の手続として仲裁判断の取消 (annulment. ICISD 条約 52 条) という制度が用意されている。取消のために設置される特別委員会 (ad hoc Committee) により取消がなされると、ICSID 条約 52 条 6 項に基づき、新たな仲裁廷による再審理がなされうる。

しかし 52 条上、取消事由は、裁判所の構成、裁判所の明らかな権限踰越、裁判所の構成員の不正、手続の基本原則からの重大な離反、仲裁判断の理由の不記載という一定の手続的事情に限定されている。ここに、上訴の場合主に問題となる法適用及び事実認定の誤りは含まれていない（実質的再審査 (révision au fond) の禁止）。この点で、取消は上訴とは本来全く異なる制度である。

しかしICSID条約の特別委員会の中には、限られた権限の中で実質的に上訴と同様の機能を果たそうとする動きが見られる。例えば先に見たアルゼンチン経済危機の事案については、(1) 取消まではしないものの、仲裁廷の判断の実質的誤りを指摘・批判するもの [250]、(2) 仲裁廷が条約と慣習国際法との適用関係を誤り、後者だけを適用したことは「権限踰越」に当たるとして取消を認めたもの [251]、(3) 要件の充足を判断するにあたって経済学者の意見書に依拠した仲裁廷は法を適用していないとして「権限踰越」による取消を認めたもの [252]がある。(1) に対しては、実質的に誤りと批判された仲裁判断を執行する義務を負い続けるという政治的に極めて困難な状況に被申立国政府を置くことになると、また (2) (3) については、ICSID条約 52 条の制度趣旨と乖離するのみならず、そもそも「特別」委員会自体事件ごとに個別的に設置されるものでしかない以上、判例法を統一するどころか却って不安定にしてしまう恐れがあるとの批判がある [253]。

(b) 「上訴審」としての国家間仲裁？

今ひとつ、国家間の投資仲裁手続を上訴のような手続として利用しようとする実行が見られる。この例で「上訴」の対象となっている「原判決」は米＝エクアドルBITに基づく

---

[250] CMS v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/08, Decision on Annulment (17 Sep., 2007).
[251] Sempra v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award (29 June, 2010).
[252] Enron v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on the Application for Annulment for the Argentine Republic (30 July, 2010).
[253] 濵本正太郎, *supra note* 177, at 412-16.

Chevron Corporation & Texaco Petroleum Company対エクアドル事件 (2008) [254]で、エクアドルは裁判遅延を理由に、同BIT 2 条 7 項の定める「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」義務の違反を認定された。

ところで、米＝エクアドルBITの 7 条 1 項は「本条約の解釈又は適用に関する、協議又は他の外交的手段によって解決されない当事国間でのあらゆる紛争」は、国家間での仲裁廷に付託されると定めていた。同様の規定は例えば日本＝ウズベキスタンBIT 15 条や日本＝カンボジアBIT 16 条にも見られる。本来は投資家本国による外交的保護を念頭に置いた規定であるが [255]、エクアドルはこれを利用して、Chevron事件仲裁廷の条約解釈が誤りであり、その解釈を支持するであろう本件投資家本国の米国との間に解釈上の紛争が生じているとして、国家間仲裁手続を開始したのである [256]。

本稿執筆時点（2012 年 10 月）では、米国による具体的な条約違反が生じておらず、エクアドルの主張するものと異なる解釈が米国により積極的に主張されてもいない段階で、抽象的に「紛争」が発生しうるか等、仲裁廷の管轄権が争われている段階である。これが仮に認められるとすると、投資家・国家間仲裁のある種の上訴審として、国家間仲裁手続を利用する可能性が示唆されるかも知れない [257]。これに対して米国は、本BITは上訴制度を設立してはいないと反論している [258]。

もっとも、国家間仲裁が元の仲裁判断と異なる判断を下したとしても、原判断が取消されるわけではなく、従ってその執行義務もなくなりはしない。よって、期待される効能は判例の統一に限られるが、後の仲裁廷が「原判決」ではなく国家間仲裁廷の判断を尊重するとは限らず、ICSID 仲裁判断の取消制度について見たのと同様、「判例法」に混乱をもたらす恐れもあろう。国家間仲裁と投資家・国家間仲裁はその権威において違いがなく、前者が後者よりも「正しい」判断を下すとは限らないのである。

---

[254] Chevron Corporation & Texaco Petroleum Company v. Ecuador, UNCITRAL Arbitration Rules 1976 (30 Mar., 2010). 日本語での紹介として、山本晋平「投資協定仲裁判断例研究 (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 16 頁（2012）。

[255] もっとも、そもそも投資家・国家間仲裁が外交的保護手続を回避するために考え出されたという経緯から、そのような例は公表されているものとしては 1 件しかない。濵本正太郎「投資協定仲裁判断例研究 (32) 投資協定に基づく国家間仲裁」JCA ジャーナル 59 巻 2 号 22 頁（2012）を参照。

[256] Permanent Court of Arbitration, *The Republic of Ecuador v. The United States of America* <http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1455>

[257] D. Akande, *Ecuador v. United States Inter-State Arbitration under a BIT: How to Interpret the Word "Interpretation"?*, EJIL: Talk! (31 Aug., 2012) <http://www.ejiltalk.org/ecuador-v-united-states-inter-state-arbitration-under-a-bit-how-to-interpret-the-word-interpretation/>

[258] *Statement of Defense of Respondent United States of America* 11 (2012); *Memorial of Respondent United States of America on Objections to Jurisdiction* 50-53 (2012) <http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1455>

4. 小括

これまで「不服の場合であっても上訴できない」という批判を検討してきた。そもそも仲裁判断は、一方当事者にとっては当然に「不服」なものとなる。上訴制度導入の是非は、その不満を飲み込んで紛争を終結させるか、さらに金と時間をかけて争い続けるかという選択の問題である。初めに検討したように、仲裁手続が複雑化・高額化すれば投資仲裁制度自体が機能不全を起こす危険があることから、諸国は上訴制度導入を踏みとどまっているのである。

また、判例の統一の問題がある。ICSID仲裁判断の取消手続は、特別委員会の権限が上訴審としては「中途半端」であることから、そのようなものとして利用することはむしろ害をもたらすことが分かった。国家間仲裁手続の上訴審としての利用も同じ問題を共有している。また抽象的な解釈問題が争われているに過ぎない状態で管轄権が認められるかという問題に加え、国家間仲裁が活発に利用されるかどうかも不明確である。既に述べたように、判例の統一は、仲裁判断の公表の促進とその相互批判によって図るしかない[259]。

VI. 結論

主権国家間の妥協と合意により形成される国際制度は不完全なものであるのが通常である。しかし政策的観点からの問題は、その不完全さが、その制度の利用を全く不可能にするほどの害をもたらすかどうかであって、あらゆる不完全な制度を拒否していては国家や社会そのものさえ存在を許されない。その不完全さの程度を把握するために、本稿は投資仲裁という法制度の本質と実態の一部を描写した。我々の得た結論は、投資仲裁制度の「不完全性」は、多くの場合条約のつくり方次第で十分にセーフガードされうるということである。

しかし、それは交渉に参加してこそである。日本政府は未だ TPP 交渉に参加できずにいる。TPP の ISDS 条項は、危険かも知れないしそうではないかも知れない。少なくともその点に注意を向けてみることは必要である。だが、それは条約交渉に参加するか否かにとって決定的な議論ではない。法的には、条約への参加に遅すぎるということはないが、条約交渉への意味ある参加には期限がある。問題の立法的解決がある程度可能であればなおさら、その潜在的な問題は条約交渉に参加しない理由とはならないだろう。

もっとも、本稿で検討し得た問題は TPP のほんの一角に過ぎず、ISDS 条項に関してさえあらゆる問題を網羅的に扱えたとは到底言えない。今後、政治の場においても、残された論点についても議論が深められていくことと思う。投資仲裁は参加国の交渉と妥協で形成される複雑な制度であり、その法的意味は「治外法権」や「主権の侵害」、「毒素条項」等といった言葉で簡単に理解することはできない。国会・メディア・国民においては、決して問題を単純化することなく、実証に基づいた冷静な議論が望まれよう。

そのために、政府・国際法の専門家には、非専門家への正確で可能な限り理解しやすい

---

[259] 濵本正太郎, *supra note* 177, at 416.

情報の提供が求められるだろう。自らも「非専門家」に過ぎない筆者らの小稿がその一助となりうるか甚だ不安ではあるが、読者の方からのさらなる疑問・反論や、専門家の方による検証・補足を頂き、国益に資する議論の糧となれば、それ以上の喜びはない。

本稿は、京都大学法学部 2012 度前期演習（国際機構法）「国際投資法仲裁判断例研究」[260]の成果であり、担当教員である濵本正太郎・京都大学大学院法学研究科教授の懇切なるご指導を頂けなければ完成は叶わなかった。最後になってしまったが、実に半年以上に及ぶご教授に、ゼミ生一同心よりの感謝を申し上げたい。

VII. 付録 — 投資仲裁判断例要約

本稿に引用した仲裁判断例のうち、日本語の要約・評釈等がないものにつき、以下に要約を示す。

1. S.D. Myers 対カナダ (2002)

申立人は PCB（ポリ塩化ビフェニル）の処理事業を営みアメリカ合衆国オハイオ州を所在地とする企業 S.D. Myers, Inc. (SDMI) である。SDMI はカナダ国内の PCB 廃棄物をアメリカ国内にある自社処理場で処理する事業計画を考えていたが、1989 年 5 月に締結された有害廃棄物の越境移動の規制に関するバーゼル条約などを理由として、同年 11 月にカナダ環境大臣はカナダからの PCB 廃棄物の輸出禁止措置をとった。これらのカナダ連邦政府の措置は NAFTA11 章に違反するとして、申立人は 1976 年 UNCITRAL 仲裁規則を仲裁規則として紛争処理手続を開始した。

申立人は自身が NAFTA に規定される「投資」を有した「投資家」であり、カナダ連邦政府の措置は NAFTA1102 条（内国民待遇）、1105 条（公正衡平待遇）、1110 条（収用）の違反に当たると主張し、これらの成否が争点となった。

仲裁廷は 1110 条の補償を要する収用の成立は認めなかったものの、申立人は NAFTA に規定される「投資家」に該当し、カナダ連邦政府の措置はバーゼル条約の政策目標を含む正当な目標をもって行われたものではあるが、より軽微な代替措置があることなどを理由に、当該措置の 1102 条違反及び 1105 条違反を認定した。

2. Tecmed 対メキシコ (2003)

申立人である Tecmed 社は、子会社を通じメキシコ国内で産業廃棄物処理場を運営していた。しかし近隣住民によって処理場の運営反対運動が起こり、Tecmed 社は、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

[260] <http://www.hamamoto.law.kyoto-u.ac.jp/kogi.html>

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。Tecmed 社は、これらメキシコ政府の措置が、収用、公正衡平待遇に関するスペイン＝メキシコ BIT 上の規定に違反しているとして、ICSID 追加手続に基づき仲裁を付託した。

仲裁廷は、メキシコ政府による上記措置によって申立人の経済的利益が根本的に剥奪されたかどうか、そしてその措置によって守られる利益と投資の保護が比例・均衡しているか検討し、許可更新の拒絶が収用に当たると判じた。公正衡平待遇に関しては、仲裁廷は、当義務を信義誠実の原則を基礎とし、当事国が投資家に関して一貫性、透明性を担保することを要請していると判示した上で、移転地が決定し処理場移転が行われるまで処理場を運営できることを Tecmed 社に保証しておきながら、一方で許可更新を拒絶するというメキシコ側の行為は一貫性がないとして公正衡平待遇義務違反を認定した。

3. Loewen 対アメリカ合衆国 (2006)

申立人はカナダ、アメリカで葬儀場経営等を行うカナダ企業である。申立人は米国ミシシッピ州に進出し葬儀事業を展開していたが、地元の同業者との間に紛争が生じ、当該紛争がミシシッピ州裁判所に持ち込まれた。ミシシッピ州裁判所は申立人に独占禁止法違反と詐欺行為があったことを認め、多額の賠償金を命じる判決を下した。

申立人はこの判決を受けてミシシッピ州裁判所の法廷が国際法上適切なものではないとして NAFTA に基づき仲裁付託を行った。申立人はミシシッピ州における訴訟に次のような問題があったことを指摘した。

(1) 訴訟相手である米国企業が、申立人を国籍、人種、階級の違いに依拠した主張によって攻撃し、裁判所がこれを認定した結果賠償額が極端に増額したこと。

(2) 上訴のために必要な上訴金が、極端に高額であり、算定額の根拠も薄く、実質的な裁判の拒否にあたること。

このようなミシシッピ州裁判所の問題が NAFTA で規定されている内国民待遇（1102 条）、公正衡平待遇（1105 条）に違反すると主張した。

仲裁廷は、ミシシッピ裁判所に裁判運営には不公正で差別的な取扱いがあったことを認め、裁判所を強く批判した。また賠償額の問題について、不当なものであるとの主張にし得る強力な証拠があると認めた。

しかし仲裁廷は、申立人は国内法における救済手段を尽くしておらず、被申立国が責任を負うような慣習国際法違反もしくは NAFTA 違反があったとは立証できていないとした。さらに本件仲裁が行われている期間中に申立人が破産法適用を申請しており、これによって米国企業として扱われることとなったため、投資仲裁のための国籍要件を欠くとして管轄権を否定した。

4. Pac Rim Cayman LLC 対エル・サルバドル (2012)

申立人である Pac Rim Cayman LLC は採掘業を営む会社である。米国ネヴァダ州法上の法

人であり、カナダ法上の法人である Pacific Rim Mining Corporation に所有されている。申立人はエル・サルバドル国内に会社を設立し同社は鉱山の採掘権を有し鉱物の採掘を行っていたが、エル・サルバドル政府は鉱山採掘のために必要な新たな採掘許可を出さず、申立人側との協議も行わなかった。申立人は政府のこのような行動が中米自由貿易協定 (CAFTA) に違反するとして ICSID 条約に基づく仲裁付託を行った。

これに対してエル・サルバドル政府は、カナダ企業である Pacific Rim Mining Corporation が CAFTA に基づく仲裁を申し立てるために、米国企業である Pac Rim Cayman LLC を利用したものであると主張した。そして申立人は米国国内で実質的な活動を行っておらず投資家としての利益が否認されることから管轄権を否定するよう求めた。

仲裁廷は、申立人企業には従業員がおらず、事務所も存在しないこと、株式保有以外の活動を行なっていないこと、銀行口座を有していなかったこと等、書面の上以外に物理的実体のなかったことを、申立人企業を保有していたカナダ企業の代表取締役の証言から確認し、鉱山の探索や富の創出は申立人ではなく、このカナダ企業の活動であったと認定した。そして、米国の領域内での活動は行われていなかったことを理由に、申立人に対する CAFTA 上の利益の否認を認め、CAFTA に基づく請求につき管轄権を否定した。