



RIETI Discussion Paper Series 07-J-040

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

阿部 克則
学習院大学



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

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

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*

阿部克則**

要旨

本稿は、全世界に網目のように張り巡らされた二国間投資条約(BIT)と自由貿易協定(FTA)/経済連携協定(EPA)における投資仲裁と国内救済手続との法的関係を精査し、両者の関係をどのように規定することが望ましいか検討することを試みたものである。投資家が投資仲裁(投資家対国家の国際仲裁手続)に紛争を付託するにあたっては、国内救済を完了することは要求されないが、他方で、国内救済手続と投資仲裁を同時に利用することに関しては、条約上、一定の制約がかかる。投資家にいかなる範囲の手続的選択肢が認められるかは、外国投資保護が実効的なものとなるかを左右する一つのポイントであり、ここ数年の投資仲裁事件においては、投資家又はその子会社によって国内レベルと国際レベルの双方で「平行する手続」を進めることが認容されるかが、管轄権段階で重要な争点となってきた。

各国のモデル BIT と実際に締結されている BIT/FTA(EPA)の規定を網羅的に検討すると、投資仲裁と国内救済手続との関係の観点からは、投資仲裁規定は、①無規定型、②二者択一型、③国内救済手続放棄型、④平行手続許容型、⑤国内救済先行型に分類できる。無規定型条項と平行手続許容型の下では、「平行する手続」を進めることについて何らの制約もなく、二者択一型条項と国内救済先行型条項においても、国内レベルと国際レベルで請求原因や紛争当事者が異なれば別個の「紛争」とみなされ、「平行する手続」は許容されるので、投資家の手続的選択肢は相当程度広い。これらの条項の下では、ある外国投資に関する一連の事態に関して複数の「平行する手続」が同時に進行することが認められるので、投資家が「二重の救済」を得てしまうリスクがある。他方、国内救済手続放棄型条項の下では、いかなる「平行する手続」も認められないため、「二重の救済」のリスクは存在しないが、同時に、投資家が国際仲裁に提訴するにあたり、すべての国内救済手段が放棄されなければならないため、投資家の手続的選択肢はかなり限定される。

しかし、条約に基づく請求だけでなく、投資合意や投資許可に基づく請求をも国際仲裁に付託できるとする「国内救済手続放棄型」条項であれば、外国投資家に対する適切かつ正当な保護を与えると同時に、「平行する手続」にともなう法的不安定性を除去することにもなる。わが国が今後締結する EPA/BIT においても、このタイプの仲裁条項を採用することが検討されるべきであろう。

* 本稿は(独)経済産業研究所「地域経済統合への法的アプローチ」研究プロジェクト(代表:川瀬剛志ファカルティフェロー)の成果の一部である。

** 学習院大学法学部准教授/yoshinori.abe@gakushuin.ac.jp

目次

1. はじめに.....	4
2. 投資仲裁規定の分類.....	6
2.1. 無規定型.....	7
2.1.1. モデル BIT.....	7
2.1.2. 現行諸協定.....	9
2.2. 二者択一型.....	10
2.2.1. モデル BIT.....	10
2.2.2. 現行諸協定.....	12
2.3. 国内手続放棄型.....	13
2.3.1. モデル BIT.....	13
2.3.2. 現行諸協定.....	15
2.4. 平行手続許容型.....	16
2.5. 国内救済手続先行型.....	17
3. 重要判例の検討.....	18
3.1. 無規定型条項に関する判例.....	18
3.2. 二者択一型条項に関する判例.....	19
3.2.1. Vivendi v. Argentina 事件.....	19
3.2.2. Genin v. Estonia.....	21
3.2.3. Lauder v. Czech Republic.....	24
3.2.4. CMS v. Argentina.....	25
3.2.5. Azurix v. Argentina.....	26
3.3. 国内救済手続放棄型条項に関する判例.....	26
3.3.1. Waste Management v. Mexico.....	26
3.3.2. Thunderbird v. Mexico.....	29
4. 投資仲裁条項における投資家の手続的選択肢の範囲.....	30
4.1. 「紛争」概念と「措置」概念.....	30
4.2. 「二重の救済」の可能性.....	33
4.2.1. 投資仲裁条項の解釈に対する仲裁裁判所のアプローチ.....	33
4.2.2. 「二者択一型」条項の原理的説明と「二重の救済」の可能性.....	35
4.2.3. 「国内救済手続放棄型」条項の利点.....	36

5. 結論	37
5.1. 本稿の検討のまとめ	38
5.2. わが国の BIT/FTA に対する示唆	39
5.3. 今後の課題	41
引用文献一覧	45
判例一覧	47
条約一覧	48

1. はじめに

近年、投資家対国家の国際仲裁(投資仲裁)の件数が急増している。2300を超える二国間投資条約(Bilateral Investment Treaty; BIT)と、さらに経済連携協定/自由貿易協定(Economic Partnership Agreement/Free Trade Agreement; EPA/FTA)の投資規定の中に、投資仲裁条項が含まれていることが要因の一つであるが¹、投資仲裁の利用を促進する他の主要な要因として、投資家が仲裁に付託するにあたって、国内救済手続を尽くす必要が基本的にはないことが挙げられる。投資家保護の伝統的な国際法上の法的枠組である外交保護制度では、投資家の本国が外交保護権を行使するためには、投資家が投資受入国内で利用可能な裁判等の国内救済手続を尽くすことが要件とされている(国内救済完了原則)が、投資仲裁においては同様の要件が原則としてないため²、投資家は容易に国際仲裁に事件を付託することができるのである。

しかし、投資受入国における裁判手続等は、依然として投資家にとって利用可能な救済手続の一つであることには変わりはない。例えば、投資家あるいは投資家の現地子会社が投資受入国政府と契約を締結したが、当該政府によって契約が破られたというようなケースでは、その契約違反に対する法的責任を投資受入国の裁判所において追及することが第一に考えられる。また、投資家あるいは投資家の現地子会社が投資受入国政府から事業免許を取得したものの、それが違法に取り消されたというようなケースでも、投資受入国の行政裁判等によって救済を求めることが当然に考えられる。

そのため、ある外国投資に関する一連の事実が、一方では投資受入国の国内法に基づく法的紛争を生じさせ、他方では投資受入国による条約違反に関する紛争も生じさせる可能性が存在する。例えば、投資受入国政府による契約不履行が外国投資家に対してのみ差別的に行われているような場合には、投資受入国の国内法上は当該契約不履行が問題となると同時に、投資条約上はそうした投資受入国の行為が内国民待遇義務に違反する恐れがある。また、外国投資家やその現地子会社に与えられていた事業免許を投資受入国政府が不当に取り消した場合、当該取り消しが国内法上違法であることは当然争いうるし、同時に当該取り消しは投資条約上の迅速・十分・実効的な補償を伴わない「収用」に該当し条約違反であるとの法的請求も考えうる。それでは、こうしたケースで投資家は、投資受入国の国内裁判では、投資受入国の国内法に基づく請求をし、投資仲裁では条約に基づく請求をするという「平行する手続("parallel proceedings")」を同時に進めることができるのだろうか。この問題は、これまでいくつかの仲裁事件で顕在化しており、その一つが **Lauder v. Czech Republic** 事件である³。この事件では、米国民である原告によって間接的に支配さ

¹ OECD, *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview* (Working Paper on International Investment No. 2006/1, 2006), at 3.

² Emilio Agustín Maffezini v. Spain, ICSID No. ARB/97/7 (Decision on Jurisdiction 25 January 2000), 16 ICSID REV. 212 (2001), para. 22.

³ Ronald S. Lauder v. The Czech Republic (Final Award 3 September 2001), *available at* <http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf>.

れていたチェコ法人 CNTS が、チェコ国内における放送免許を保有していたチェコ法人 CET21 と共同で放送事業を行っていたが、チェコ政府が CET21 と CNTS に圧力をかけ、その共同事業を終了させようとした。その結果 CET21 は CNTS との契約を終了したという事件である。原告は、チェコ・米国 BIT の投資仲裁条項に基づいてチェコを提訴したが、同時に CNTS がチェコの国内裁判所に複数の訴訟を提起していた。そこでチェコは、仲裁裁判所において、同一の紛争がチェコの国内裁判所に付託されているので、本件仲裁裁判所は原告が付託した紛争に対して管轄権を持たないと先決的抗弁を行ったのである。しかし、仲裁裁判所はこの抗弁を認めなかった。

他方 *Waste Management v. Mexico* 事件⁴では、「平行する手続」に関して、まったく異なる判断が下された。本件では、米国の会社である原告のメキシコ現地子会社である *Acaverde* が、メキシコの地方政府及び国営企業と契約を締結し、廃棄物処理事業を行っていたが、これらの契約が履行されないとして、*Acaverde* は相手方をメキシコの国内救済手続に提訴した。同時に *Waste Management* は、これらのメキシコ地方政府と国営企業の行為は NAFTA⁵上のメキシコの義務違反を構成するとして、メキシコに対して NAFTA 仲裁を申し立てたのである。ところが本件仲裁裁判所は、*Waste Management* が本件紛争を仲裁に付託するにあたり、その子会社である *Acaverde* がメキシコで行っている国内救済を放棄していないため、*Waste Management* の請求に対し管轄権を持たないと判断した。つまり「平行する手続」は認められなかったのである。

後に詳細に検討するように、両事件における判断の違いが生ずるは、基本的には、前者が「二者択一型("fork in the road")」と呼ばれる仲裁条項、後者が「国内救済手続放棄型("no U-turn")」と呼ばれる仲裁条項に基づいていたためであるが、無数とっていいほど数多く存在する投資条約の中には、この二つの種類の仲裁条項以外の条項を採用しているものもあり、さらに同じ「二者択一型」条項や「国内救済手続放棄型」条項であっても、投資家の手続的選択肢の観点からはさらに細かく分類することができる。したがって、投資仲裁と国内救済手続との関係を考えるにあたっては、これらの仲裁条項を網羅的に整理することが必要である。

また、投資仲裁と国内救済手続との関係は、投資条約において投資家にいかなる手続的権利を認めるべきかという根本的な問題につながる。*Maffezini v. Spain* 事件の仲裁裁判所が指摘するように、投資紛争解決メカニズムの発展は、投資家に対する待遇の実体的側面に密接に関係するため、BIT/FTA の下での投資家の権利の保護にとって欠かせないものである⁶。投資家が投資仲裁と国内救済手続をより自由に使い分けることができるほど、投資家の手続的権利はより手厚く保障されることになる。*SGS v. Philippines* 事件の仲裁裁判所

⁴ *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, ICSID No. ARB(AF)/98/2 (Award 2 June 2000), 15 ICSID REV. 214 (2000).

⁵ North American Free Trade Agreement, 8 December 1992, 32 INT'L LEGAL MATERIALS 289 (1993) [hereinafter NAFTA].

⁶ *Maffezini*, *supra* note 2, para. 55.

が述べたように、「投資家に対してどのような性格のものであれ投資紛争の解決手続の選択を許すことは、外国投資の促進と保護という目的に一致する」のである⁷。

それでは、いったいどこまで投資家に手続的選択肢を認めるべきなのだろうか。Maffezini v. Spain 事件の仲裁裁判所が同時に指摘しているように、投資仲裁制度の運用は、公共政策 (public policy) 的な考慮から一定の制約がかかるべきであろう⁸。投資家が国内裁判と投資仲裁を同時平行で進め、いずれにおいても金銭賠償が認められた場合、投資家は「二重の利益 (double benefit)」を得ることができるのだろうか。また、投資家は BIT/FTA に基づいた請求を投資仲裁手続に付託し、他方で投資家の現地子会社は契約に基づく請求を国内裁判所に付託した場合、両者は実質的には同じ損害を被っているとしても、「平行した救済手続」を同時に進めることができるのだろうか。これは、多国籍企業に対して投資仲裁上、どのような手続的権利を認めるべきかという問題にも関連する。そこで本稿では、第一に、投資条約がどのような投資仲裁条項を持っているのか、投資仲裁と国内救済手続との関係の観点から網羅的に分類し、この問題を分析するにあたっての十分に実証的な基礎を確立する。第二に、そうした投資仲裁条項が、一連の仲裁判断によってどのように解釈されてきたか明らかにする。第三に、それらの解釈によって、投資家にいかなる手続的権利が認められているか、それは妥当か、さらに投資家の手続的権利を正當に (過大でもなく過小でもなく) 保障するにはどの仲裁条項が望ましいかを論ずる。また結論においては、わが国が締結し又はこれから締結する BIT/EPA における投資仲裁条項に関し、本稿の検討から得られる示唆についても触れることとしたい。

2. 投資仲裁規定の分類

投資仲裁手続と国内救済手続との関係の観点からは、BIT と FTA における投資仲裁規定は、①無規定型、②二者択一型、③国内救済手続放棄型、④平行手続許容型、⑤国内救済手続先行型の 5 つのカテゴリーに分類できる。そこでこの章では、これらの投資仲裁規定の基本的な構造をそれぞれ検討していく。その際には、まずモデル BIT の投資仲裁規定を最初に検討し、次に実際に締結されている BIT ないし FTA の投資仲裁規定を説明するが、これは、多くの BIT や FTA の投資規定が、各国のモデル BIT を基礎にしているからである。ただし、平行手続型と国内手続先行型に関しては、いずれの国のモデル BIT も採用していないため、締結されている BIT のみを検討する。なお、世界全体で発効している BIT は 2300 を超えているため、本章でとりあげる BIT/FTA は、当該 BIT/FTA の下で実際に投資仲裁手続と国内救済手続との関係が投資仲裁法廷において争われたものが中心となる。

⁷ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID No. ARB/02/6 (Decision on Jurisdiction 29 January 2004), para. 132, available at <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf>.

⁸ Maffezini, *supra* note 2, para. 62.

2.1. 無規定型

2.1.1. モデル BIT

投資仲裁条項の最も一般的な形態の一つが、無規定型("no reference" type)である。この形態は、投資仲裁手続と国内仲裁手続との関係について、明示的には何も定めていない。例えばスウェーデンのモデル BIT 第 8 条は次のように規定する。

- (1) 一方の締約国の投資家と他方の締約国との間の投資に関するいかなる紛争も、可能な限り、友好的に解決される。
- (2) 紛争が、当該一方の締約国の投資家により当該他方の締約国に対し書面の通知によって提起された日から 6 箇月以内に解決されない場合には、締約国は、当該投資家の選択により、次のいずれかの手続による国際仲裁に、解決のため紛争を付託することに同意する。
 - i) 1965 年 3 月 18 日の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ワシントン条約によって設立された投資紛争解決国際センターの国際仲裁。ただし両締約国が当該条約の当事国である場合に限る。
 - ii) 当該条約の下で当該センターが利用可能でない場合には、当該センターの追加的な制度。
 - iii) 国際連合国際商取引法委員会の仲裁規則に基づいて設立される特別裁判所。当該規則にいう任命権者は ICSID の事務総長である⁹。

この条項の下では、一方の締約国の投資家と他方の締約国との間の投資紛争は、ICSID 仲裁、ICSID 追加規定に基づく仲裁、又は UNCITRAL 仲裁のいずれかに付託されることになるが、同条は、ある紛争が国内裁判手続や国内行政救済手続に同時に付託される可能性について、何ら言及していない。そのため、投資家は、国際仲裁と同じ請求原因に基づく請求を、投資受入国の国内裁判所等に付託することを妨げられないように見えるのである。

さらに、同条 1 項は、「投資に関するいかなる紛争」という文言を用い¹⁰、かつ、同モデル BIT 第 1 条(1) (e)が、「投資」という文言を、「法律、行政決定、又は、契約により与えられた事業コンセッション」を含むと定義しているため、投資家は、条約に基づく請求だけでなく、投資契約に基づく請求も国際仲裁に付託できると解される。それにもかかわら

⁹ Agreement between the Government of the Kingdom of Sweden and the Government of ___ on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments [May 2002]. モデル BIT の条文は次のサイトで入手できる。 http://www.unctadxi.org/templates/Startpage___718.aspx. 以下の脚注においては、このサイトを "UNCTAD Online" と記す。

¹⁰ 英文テキストでは、"Any dispute concerning an investment"である。

ず、第 8 条は、契約に基づく請求が国際仲裁手続と国内救済手続の双方に同時に付託される可能性について、沈黙しているのである。

同様な投資仲裁条項は、デンマーク・モデル BIT 第 9 条 2 項¹¹、ドイツ・モデル BIT 第 11 条¹²、モンゴル・モデル BIT 第 8 条¹³、オランダ・モデル BIT 第 9 条¹⁴、南アフリカ・モデル BIT 第 7 条¹⁵、スイス・モデル BIT 第 8 条¹⁶、トルコ・モデル BIT 第 7 条¹⁷、英国・モデル BIT 第 8 条 3 項(優先案)¹⁸等、多くのモデル BIT で採用されている。これらのモデル BIT では、「投資紛争」の定義も広い¹⁹。他方、英国・モデル BIT 第 8 条 1 項(代替案)は、「紛争」を狭く定義している。同条項は次のように規定する。

一方の締約国の国民又は会社と他方の締約国との間における、当該一方の締約国の国民又は会社の投資に関する当該他方の締約国のこの協定に基づく義務に関する紛争であって、友好的に解決されないものは、請求の書面による通知から 3 箇月後に、当該国民又は会社が望む場合には、国際仲裁に付託される²⁰。

この条項の下では、投資家は、当該 BIT に基づく請求しか投資仲裁に付託することができない。ただし、当該投資家又はその関連会社が、同じ投資から発生する請求を、投資受入国の国内救済手続に同時に付託することには、何ら言及しておらず、この点では上記の諸モデル BIT と同様である。

¹¹ Agreement between the Government of the Kingdom of Denmark and the Government of ___ concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9 [hereinafter Denmark Model BIT].

¹² Treaty between the Federal Republic of Germany and ___ concerning the Encouragement and Reciprocal Promotion of Investments, February 1991, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9 [hereinafter Germany Model BIT].

¹³ Agreement between Mongolia and ___ on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9 [hereinafter Mongolia Model BIT].

¹⁴ Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between ___ and the Kingdom of the Netherlands, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9 [hereinafter Netherlands Model BIT].

¹⁵ Agreement between the Government of the Republic of South Africa and the Government of ___ for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9 [hereinafter South Africa Model BIT].

¹⁶ Agreement between the Swiss Confederation and ___ on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9 [hereinafter Switzerland Model BIT].

¹⁷ Agreement between the Republic of Turkey and ___ concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9 [hereinafter Turkey Model BIT].

¹⁸ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of ___ for the Promotion and Protection of Investments [June 1991], *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9 [hereinafter UK Model BIT].

¹⁹ *See*, Arts 1(1)(e) and 9(1) of Denmark Model BIT, *supra* note 11; Arts 1(1)(e) and 11(1) of Germany Model BIT, *supra* note 12; Arts 1 and 9 of Netherlands Model BIT, *supra* note 14; Arts 1(v) and 7 of South Africa Model BIT, *supra* note 15; Art. 1(2)(e) of Switzerland Model BIT, *supra* note 16; Arts I(2)(e) and VII(1) of Turkey Model BIT, *supra* note 17. なおモンゴル・モデル BIT は、「紛争」について何ら定義していない。 *See*, Mongolia Model BIT, *supra* note 13.

²⁰ UK Model BIT, *supra* note 18, Art. 8(1)[alternative].

2.1.2. 現行諸協定

CME v. Czech Republic で援用されたチェコ・オランダ BIT は、この無規定型仲裁条項を有する。同条約第 8 条は次のように規定する。

- 1) 一方の締約国と他方の締約国の投資家との間における、当該他方の締約国の投資家の投資に関するすべての紛争は、可能な限り友好的に解決される。
- 2) 本条 1 項にいう紛争が、いずれかの紛争当事者が友好的解決を要請した日から 6 箇月以内に友好的に解決されない場合には、各締約国は当該紛争を仲裁裁判所に付託することに同意する。
- 3) 当該仲裁裁判所は、国際連合国際商取引法委員会の仲裁規則を適用してその手続を決定する²¹。

同条には、UNCITRAL 仲裁と国内救済手続との関係について何らの言及がなく、後述するようにこのことが、CME v. Czech Republic における仲裁裁判所の管轄権判断に決定的な役割を果たした。また、投資家は「投資に関するすべての紛争」を国際仲裁に付託することができ、かつ、同条約第 1 項(a)(v)が「投資」とは「法律又は契約によって与えられたコンセッション」も含むと定めている²²。この投資紛争の定義は、スウェーデン・モデル BIT の定義と同様であり、仲裁裁判所は、投資家のいわゆる"contact claim"に対しても管轄権をもちうる。類似した「無規定型」条項は、デンマーク・エジプト BIT 第 9 条²³、ボリビア・ドイツ BIT 第 11 条²⁴、ハンガリー・モンゴル BIT 第 8 条²⁵、南アフリカ・トルコ BIT 第 7 条²⁶、レバノン・スウェーデン BIT 第 7 条²⁷、パキスタン・スイス BIT 第 9 条²⁸等にも見ることができる。

他方で、カザフスタン・英国 BIT 第 8 条²⁹は、「無規定型」条項でありながら、より狭い

²¹ Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9.

²² *Id.* Art. 1(a)(v).

²³ Agreement between the Government of the Arab Republic of Egypt and the Government of the Kingdom of Denmark concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9.

²⁴ Treaty concerning the Promotion and Mutual Protection of Investments between Federal Republic of Germany and Bolivia, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9.

²⁵ Agreement between the Government of the Republic of Hungary and the Government of Mongolia for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9.

²⁶ Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of South Africa concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9.

²⁷ Agreement between the Lebanese Republic and the Kingdom of Sweden on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9.

²⁸ Accord entre la Confédération suisse et la République islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9.

²⁹ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland

投資紛争の定義を採用している。同条は、投資紛争とは「一方の締約国の国民又は会社と他方の締約国との間の紛争であって、当該一方の締約国の国民又は会社の投資に関する当該他方の締約国の本協定の下での義務に関するもの」をいうと定める。この規定ぶりは、先に紹介した英国・モデル BIT 第 8 条 1 項とほぼ同様である。つまり、投資家自身は投資契約に基づく請求を国際仲裁に付託することはできないものの、投資家やその子会社が投資受入国の国内裁判所等に同時に提訴することに関しては、何らの定めもないのである。したがって、文言上からは、同条約上は、国内レベルと国際レベルで「平行した手続」が進行する可能性があるといえよう。

2.2. 二者択一型

2.2.1. モデル BIT

「無規定型」と並んで BIT において広く採用されているのが、「二者択一型 ("fork in the road" type)」仲裁条項である。この条項の下では、投資紛争をある一つの法的フォーラムに付託することを投資家が選択した場合、その選択は最終的で撤廃不可能となる³⁰。例えば、チリ・モデル BIT 第 8 条は次のように定める。

- (1) 本協定の範囲において発生する一方の締約国と他方の締約国の投資家との間の紛争の友好的解決の観点から、関係当事者間で協議が行われなければならない。
- (2) 解決の要請の日から 3 箇月以内に当該協議によって解決に至らない場合には、当該投資家は当該紛争を次のいずれかに付託することができる。
 - (a) その区域内において当該投資が行われた締約国の権限ある裁判所又は、
 - (b) 1965 年 3 月 18 日にワシントンで作成された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によって設立された投資紛争解決国際センターの国際仲裁
- (3) 投資家が、当該仲裁を、その区域内において当該投資が行われた締約国の権限ある裁判所又は国際仲裁に付託した場合には、その決定は最終的である。

第 8 条 3 項が定めるように、投資家は、投資紛争を投資受入国の権限ある裁判所に付託

and the Government of the Republic of Kazakhstan for the Promotion and Protection of Investments, available at UNCTAD Online, *supra* note 9.

³⁰ Zachary Douglas, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, 74 BRIT. Y.B. INT'L L. 151, 274 (2003); 森川俊孝「NAFTA 第 11 章仲裁における国内的救済の規則の放棄の意味と範囲」『横浜国際経済法学』第 13 巻第 3 号、9 頁 (2005 年)。

するか、あるいは、ICSID 仲裁に付託するか、最初に決定しなければならず、その決定は後に変更することができない。このような「二者択一型」仲裁条項は、クロアチア・モデル BIT 第 10 条 2 項³¹、イラン・モデル BIT 第 12 条 3 項及び 4 項³²、タイ・モデル BIT 第 11 条 2 項³³、ペルー・モデル BIT 第 8 条³⁴、米国・1994 年モデル BIT 第 9 条 2 項³⁵、米国・1998 年モデル BIT 第 9 条 2 項³⁶においても、それぞれ採用されている。

一見したところ、チリ・モデル BIT 第 8 条は、投資家が同時には一つの紛争解決手続にしか提訴できず、それは国際的な手続であろうとなかろうと変わらないと規定しているように読める。つまり、「無規定型」条項とは対照的に、「二者択一型」条項は、BIT における投資家の手続的権利を相当程度制限するかのように見えるのである。ここで注意すべきは、「紛争」の定義である。例えば、クロアチア・モデル BIT は、「いかなる投資紛争も」という規定の仕方をしており、これには投資に関する様々な対立が含まれる。同モデル BIT において「投資」は、「法律又は契約によって与えられた経済的及び商業的活動に従事する権利」を含むすべての種類の財産を意味するので、投資受入国における投資家の活動との関連で多種多様な法的問題が該当しうる³⁷。そうだとすれば、ある投資に関する一連の事態から、複数の紛争が発生すると考えられるのであろうか。あるいは、対立の過程全体が一つの紛争を構成するのであろうか。もし、それぞれの法的問題について一つずつ紛争が存在するのであれば、投資家は、「二者択一型」条項の下であっても幅広い手続的選択肢を持つことになる。

この点に関連して、米国・1998 年モデル BIT は、投資家による紛争の国際仲裁への付託にかかわらず、投資家は損害賠償の支払を含まない差止救済を、投資受入国の国内裁判所において求めることができると定める³⁸。この規定は、投資家の権利・利益を保全するために「平行する救済手続」を明示的に認めたものである³⁹。しかし、他のモデル BIT の「二者

³¹ Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the ___ on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, March 1998, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9 [hereinafter the Croatia Model BIT].

³² Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Government of the Islamic Republic of Iran and the Government of ___, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9.

³³ Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of ___ for the Promotion and Protection of Investments (Version 2002), *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9.

³⁴ Agreement between the Republic of Peru and the ___ on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9.

³⁵ Treaty between the Government of the United States of America and the Government of ___ concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, April 1994, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9.

³⁶ Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of ___ concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (1994 Prototype, revised 4/1998), *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9 [hereinafter 1998 US Model BIT].

³⁷ Croatia Model BIT, *supra* note 31, Arts 1(1)(e) and 10(1).

³⁸ 1998 US Model BIT, *supra* note 36, Art. IX(3)(b).

³⁹ 他の米国の BIT も、投資家は投資受入国の裁判所において暫定的措置を求めることができると規定する。See, Antonio R. Parra, *Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment*, 12 ICSID REV. 287, 334 (1997).

択一型」仲裁条項は、この点については沈黙しており、全体としてみれば、これらの仲裁条項は、「平行する救済手続」の可能性に関して十分な文言的基礎を持っていない。

2.2.2. 現行諸協定

アルゼンチン・米国 BIT は「二者択一型」仲裁条項を採用しており、その第 7 条は次のように定める。

1. 本条の目的上、投資紛争とは、一方の締約国と他方の締約国の国民又は会社との間の紛争であって、次のいずれかに関するものをいう。
 - (a) 当該一方の締約国と当該他方の締約国の国民又は会社との間の投資合意
 - (b) 当該一方の締約国の外国投資当局によって、当該他方の締約国の国民又は会社に与えられた投資許可(そのような許可が存在する場合)
 - (c) 投資に関して本条約が与え又は創設した権利の違反
2. 投資紛争が発生した場合には、紛争当事者はまず協議と交渉を通じて解決を求めるべきである。当該紛争が友好的に解決できなかった場合には、当該他方の締約国の国民又は会社は、次のいずれかに当該紛争の解決を付託するか選択することができる。
 - (a) 当該紛争の当事国である締約国の司法裁判所又は行政裁判所
 - (b) 適用可能な事前に合意された紛争解決手続
 - (c) 本条 3 項に従った手続
- 3.(a) 当該他方の締約国の国民又は会社が、第 2 項(a)又は(b)の下で紛争の解決を付託しておらず、かつ、当該紛争の発生の日から 6 箇月が経過していることを条件として、当該国民又は会社は、書面により、紛争の解決を次のいずれかの拘束力ある仲裁に付託することに同意することを選択できる。
 - (i) 1965 年 3 月 18 日にワシントンで作成された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)によって設立された投資紛争解決国際センター
 - (ii) 当該センターが利用できない場合には、当該センターの追加的規則
 - (iii) 国際連合国際商取引法委員会(UNCITRAL)の仲裁規則
 - (iv) 紛争当事者間で相互に合意された場合には、その他の仲裁制度又は他の仲裁規則
- (b) 当該国民又は会社がそのように同意したならば、いずれの紛争当事者も、当該同

意に特定された選択に従って仲裁を開始することができる⁴⁰。

この規定の下では、投資家が第 2 項に従って投資受入国の裁判所等に紛争を既に付託している場合には、第 3 項に従って国際仲裁に投資紛争を付託することは認められない。しかし、第 1 項が投資紛争は投資合意 (investment agreement)、投資許可 (investment authorization)、又は同条約それ自体のいずれからも発生しうるとしているの、投資家は、それぞれの法的基礎について国内的手続と国際仲裁とを選択できるようにも見える。

「二者択一型」条項は、他にも、チェコ・米国 BIT 第 6 条 3 項(a)⁴¹、アルゼンチン・フランス BIT 第 8 条 2 項⁴²、フィリピン・スイス BIT 第 8 条 2 項⁴³などがある。これらの条約は、投資紛争を広く定義しているのに対し、日韓 BIT 第 15 条と日ベトナム BIT 第 14 条は、投資紛争を、条約によって与えられた投資家の権利が侵害されたことから生ずる紛争と定義している⁴⁴。後者の BIT の下では、投資家は、いわゆる"contract claim"を国内救済手続に付託するしか選択肢がない。したがって、投資家にとっての手続的選択肢は、部分的には各 BIT の投資紛争の定義に依存することになる。

2.3. 国内手続放棄型

2.3.1. モデル BIT

投資仲裁に関して、比較的新しいアプローチが、「国内手続放棄型("no U-turn" type)」である。例えば米国・2004 年モデル BIT 第 24 条は、投資家に、ICSID 仲裁、ICSID 追加規定仲裁、UNCITRAL 仲裁、又はその他の合意された仲裁のいずれかに提訴することを認めるが、第 26 条が以下のような条件を付している。

この節の下では、以下の条件が満たされない限り、いかなる請求も仲裁に付託できない。

(a) 原告が、本条約に規定された手続に従って、書面により仲裁に同意するこ

⁴⁰ Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, 14 November 1991, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9.

⁴¹ Treaty between the United States of America and the Czech and Slovak Federal Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, 22 October 1991, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9.

⁴² Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République Argentina sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements, 3 juillet 1991, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9.

⁴³ Accord entre la Confédération suisse et la République des Philippines concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 31 mars 1997, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9 [hereinafter Philippines-Switzerland BIT].

⁴⁴ 投資の自由化、促進及び保護に関する日本国政府と大韓民国政府との間の協定、平成 14 年 12 月 12 日条約第 17 号；投資の自由化、促進及び保護に関する日本国とベトナム社会主義共和国との間の協定、平成 16 年 11 月 25 日条約第 15 号。

と。

及び

(b) 当該仲裁通知が、次のものを伴っていること。

(i) 第 24 条 1 項(a)の規定に基づいて仲裁に付託する請求については、第 24 条に規定する違反を構成するとされるいかなる措置に関しても、いずれかの締約国の法律に基づいて設置される行政裁判所又は司法裁判所において訴訟を提起し若しくは他の紛争解決手続において手続を開始し、又はこれらの訴訟若しくは手続を継続する権利を、原告が書面により放棄すること。

及び

(ii) 第 24 条 1 項(b)の規定に基づいて仲裁に付託する請求については、第 24 条に規定する違反を構成するとされるいかなる措置に関しても、いずれかの締約国の法律に基づいて設置される行政裁判所又は司法裁判所において訴訟を提起し若しくは他の紛争解決手続において手続を開始し、又はこれらの訴訟若しくは手続を継続する権利を、原告及び企業の双方が書面により放棄すること⁴⁵。

この規定に従えば、国際仲裁に請求を付託するためには、投資家は、未だ国内救済手続に訴えていない場合には、「第 24 条に規定する違反を構成するとされるいかなる措置に関しても」国内救済手続を開始する権利を放棄しなければならないが、既に国内救済手続に訴えている場合には、同じ措置に関して国内救済手続を継続する権利を放棄しなければならない。したがって、投資家は、対立の当初の時点において、国内救済手続か国際仲裁かを選択することは要求されないが、一旦請求を国際仲裁に付託すれば、投資受入国における国内救済に関する権利を放棄しなければならないのである。

さらに、投資家が、投資受入国における関連会社のために国際仲裁に請求を付託する場合には、投資家だけでなく当該関連会社も国内救済手続を放棄するように求められる。このことは、投資家が国際仲裁に提訴する場合には、その関連会社も国内救済手続を放棄しなければならないことを意味するので、たとえ国内手続と国際手続とで原告が異なっても、平行する訴訟を維持することは認められないのである。この点で、「国内救済手続放棄型」条項は、「無規定型」条項や「二者択一型」条項とは明確に相違する。他のモデル BIT における「国内救済手続放棄型」条項は、カナダ・モデル BIT 第 26 条 1 項(e)及び 2 項(e)⁴⁶とフィ

⁴⁵ Art. 26(2) of Treaty between the Government of the United States of America and the Government of ___ concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9 [hereinafter 2004 US Model BIT]. 「国内救済手続放棄型」条項については、森川、前掲注 30、11-12 頁も参照。

⁴⁶ Agreement between Canada and ___ for the Promotion and Protection of Investments, *available at* <http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm> [hereinafter Canada Model BIT].

ンランド・モデル BIT 第 9 条 2 項及び 3 項⁴⁷である。

2.3.2. 現行諸協定

「国内救済放棄型」仲裁条項を採用しているモデル BIT は数少ないものの、同条項は、近年米国やカナダが締結した BIT/FTA に組み込まれてきている。その最もよく知られた例が、NAFTA 第 1121 条である。また、チリ・米国 FTA⁴⁸も「国内救済手続放棄型」を採用しており、その第 10.17 条 2 項は次のように定める。

この節の下では、以下の条件が満たされない限り、いかなる請求も仲裁に付託できない。

(a) 原告が、本条約に規定された手続に従って、書面により仲裁に同意すること。

及び

(b) 第 10.15 条 8 項に規定された仲裁通知が、次のものを伴っていること。

(i) 第 10.15 条 1 項 (a) の規定に基づいて仲裁に付託する請求については、請求された違反を生じさせたとされる事件に関し、いずれかの締約国の法律に基づいて設置される行政裁判所又は司法裁判所において訴訟を提起し若しくは他の紛争解決手続において手続を開始し、又はこれらの訴訟若しくは手続を継続する権利を、原告が書面により放棄すること。

及び

(ii) 第 10.15 条 1 項 (b) の規定に基づいて仲裁に付託する請求については、請求された違反を生じさせたとされる事件に関し、いずれかの締約国の法律に基づいて設置される行政裁判所又は司法裁判所において訴訟を提起し若しくは他の紛争解決手続において手続を開始し、又はこれらの訴訟若しくは手続を継続する権利を、原告及び企業の双方が書面により放棄すること。

この規定は、米国・2004 年モデル BIT 第 26 条 2 項に酷似している。同様な「国内救済手続放棄型」仲裁条項は、カナダ・エクアドル BIT 第 13 条 3 項⁴⁹、日・メキシコ EPA 第 81

⁴⁷ Agreement between the Government of the Republic of Finland and the Government of ___ on the Promotion and Protection of Investment, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9. However, this model BIT does not provide the subsidiaries' waiver.

⁴⁸ United States-Chile Free Trade Agreement, 6 June 2003, *available at* http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Chile_FTA/Section_Index.html [hereinafter Chile-US FTA].

⁴⁹ Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Ecuador for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9 [hereinafter Canada-Ecuador BIT].

条⁵⁰、オマーン・米国 FTA 第 10.17 条⁵¹、ペルー・米国 FTA 第 10.18 条⁵²、ウルグアイ・米国 BIT 第 26 条 2 項⁵³にも見られる。しかし、これらの条約の間では、「投資紛争」の定義の相違が存在する。チリ・米国 FTA、オマーン・米国 FTA、ペルー・米国 FTA、及びウルグアイ・米国 BIT は、投資紛争は投資合意、投資許可、条約それ自体のいずれの違反からも生じると規定しているのに対し、NAFTA、カナダ・エクアドル BIT、日・メキシコ EPA においては、条約違反に関する請求しか、投資家は仲裁に付託できない⁵⁴。これらの相違は、「国内救済手続放棄型」条項の下での投資家の選択肢に、重要な影響を及ぼすように見える。

2.4. 平行手続許容型

少数ではあるが、いくつかの BIT は、投資家に、国内救済手続と条約に基づく仲裁との双方に同時に提訴することを、明示的に認めている。例えば、豪・チェコ BIT 第 11 条 2 項及び 3 項⁵⁵は次のように規定する。

- (2) 問題となっている紛争がそのように解決できない場合には、いずれの紛争当事者も、投資を受け入れた締約国の法律に従って、当該締約国の権限ある司法機関又は行政機関において救済手続を開始することができる。
- (3) いずれの紛争当事者も、同条第 2 項に基づく行為によって利用可能な国内救済が既に開始されているか又は完了しているかに関わらず、以下の行為をとることができる。
 - (a) 両締約国が、その時点において、1965 年の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の当事国である場合には、投資紛争解決国際センターに、当該条約第 28 条又は第 36 条に従った調停又は仲裁のため

⁵⁰ 経済上の連携の強化に関する日本国とメキシコ合衆国との間の協定、平成 17 年 3 月 4 日条約第 8 号 [hereinafter Japan-Mexico EPA]。

⁵¹ Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Sultanate of Oman on the Establishment of a Free Trade Area, 19 January 2006, *available at* http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Oman_FTA/Section_Index.html [hereinafter Oman-US FTA]。

⁵² The United States-Peru Trade Promotion Agreement, 12 April 2006, *available at* http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Peru_TPA/Section_Index.html [hereinafter Peru-US FTA]。

⁵³ Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, November 2005, *available at* http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/BIT/Uruguay/Section_Index.html [hereinafter Uruguay-US BIT]。

⁵⁴ *See*, Chile-US FTA, *supra* note 48, Art. 10.15; Oman-US FTA, *supra* note 51, Art. 10.15; Peru-US FTA, *supra* note 52, Art. 10.16; Uruguay-US BIT, *id.* Art. 24; Canada-Ecuador BIT, *supra* note 49, Art. XIII(1); Japan-Mexico EPA, *supra* note 50, Art. 76(1); NAFTA, *supra* note 5, Arts 1116(1) and 1117(1)。

⁵⁵ Agreement between Australia and the Czech Republic on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 30 September 1993, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9。

に、当該紛争を付託すること。〔後略〕

- (b) いずれかの締約国が当該条約の当事国でない場合には、附属書 B に従って構成される仲裁裁判所又は合意されればその他の仲裁機関に、当該紛争を付託すること。

このように本条第 2 項は、投資家が紛争を国内裁判所等に付託できると定め、第 3 項は国内救済手続が投資家によって既に開始又は尽くされているかにかかわらず、投資家は当該紛争を ICSID 仲裁等に付託できると規定している。よって、この仲裁条項は、国内レベルと国際レベルの双方で「平行して」手続を進めることを、明示的に投資家に認めているのである。「平行手続許容型 ("parallel proceedings" type)」仲裁条項は、豪・ハンガリー BIT 第 12 条⁵⁶と豪・ポーランド BIT 第 13 条⁵⁷にも見ることができるが、これらの条項の下では、収用又は国有化に関する請求についてのみ同時に手続を進めることが投資家に認められている。

2.5. 国内救済手続先行型

投資家にまず国内救済を求めるよう要求しつつ、国内裁判所が一定期間内に判決を下さない場合には、投資家が国際仲裁に提訴することを認めるという仲裁条項を採用する BIT も存在する。本稿では、こうした仲裁条項を、「国内救済手続先行型 ("local remedy first" type)」と呼ぶ。このタイプの例は、アルゼンチン・カナダ BIT 第 10 条 1 項及び 2 項⁵⁸であり、次のように規定する。

- (1) 一方の締約国の投資家と他方の締約国との間における本協定の範囲で生ずる紛争であって、当該一方の締約国の投資家の投資に関するものは、友好的に解決できない場合には、一の当事者の要請により、その区域内において投資が行われた締約国の権限ある裁判所の決定に付託される。
- (2) 以下のいずれかの事態においては、いずれかの紛争当事者により、当該紛争は国際仲裁に付託される。
- (i) 当該締約国と当該投資家が、そのように合意した場合。
- (ii) その区域内において投資が行われた締約国の権限ある裁判所に紛争が付託された時点から 8 箇月の期間が経過した後に、当該裁判所が最終決定を

⁵⁶ Agreement between Australia and the Republic of Hungary on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 15 August 1991, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9.

⁵⁷ Agreement between Australia and the Republic of Poland on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 7 May 1991, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9.

⁵⁸ Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investment, 5 November 1991, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9.

下していない場合。

(iii) 当該裁判所の最終決定が下されているが、当事者が依然として争っている場合。

第 1 項が規定するように、投資家は、国際仲裁に提訴する前に、投資受入国の裁判所に投資紛争を付託することが要求されるが、国内救済手続を尽くすことまでは必要ない。第 3 項によれば、国内裁判所が 8 箇月以内に最終判決を下さない場合、及び、最終判決が下されても依然として紛争当事者が争っている場合には、当該紛争は国際仲裁に付託されうるからである。

類似した仲裁条項は、アルゼンチン・オランダ BIT⁵⁹とアルゼンチン・スペイン BIT⁶⁰にも含まれている。このタイプの仲裁条項の下では、一定期間の後には、国内裁判所と国際裁判所の双方で平行した手続を同時に進めることができるであろう。

3. 重要判例の検討

3.1. 無規定型条項に関する判例

これまでのところ、「無規定型」仲裁条項の適用が国内レベルと国際レベルの「平行する手続」に関して問題となったのは、**CME v. Czech Republic** 事件のみである。本件において原告は、チェコ・オランダ BIT に基づいて、チェコを仲裁に提訴した。CME は、その子会社である CNTS がチェコ国内で放送事業を行う権利を剥奪することにより、チェコが同 BIT に違反したと主張した。それに対する先決的抗弁として、被告チェコは、CNTS がチェコの国内裁判所で既に民事法上の請求を提起しており、原告は本件紛争をチェコの権限ある裁判所に付託したと主張した。被告によれば、投資家である CME は、国内裁判所において契約に基づく救済を求めることを選択したのであり、BIT に基づいて同時に救済を求めることは許されるべきでない。仲裁裁判所は、被告の抗弁を次のように斥けた。

条約に基づく訴訟を遂行するために原告が商業契約に基づく紛争を利用しているとの被告の主張は、棄却されなければならない。原告は、その請求が本件条約の違反に基づくものとしている。とりわけ、チェコ国内における原告の子会社は、チェコの民事裁判所において民事法上の請求を行っている。二つの訴訟手続の目的、すなわち原告の投資に関する損害の賠償、が同じであるという事実は、条約に基づく手続においても、民事裁判所手続においても、当事者から

⁵⁹ Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Argentine Republic, Art. 10, *available at* UNCTAD Online, *supra* note 9.

⁶⁰ Art. X of the Agreement between Argentina and Spain of 3 October 1991. The English translation of the text of this article can be found in *Maffezini*, *supra* note 2, para. 19.

管轄権を奪うことはない(does not deprive the parties...of jurisdiction)⁶¹。

第2章において検討したように、チェコ・オランダ BIT 第8条は「無規定型」仲裁条項であり、投資家は UNCITRAL 仲裁に紛争を付託できると定めるが、当該仲裁手続と国内救済手続との関係については何ら規定していない。仲裁裁判所は明示的には同条項を解釈していないが、「条約に基づく手続は、個々の条約において特段の定めがない限り、民事法上の手続によって禁止されない」と述べている⁶²。したがって、仲裁裁判所は、チェコ・オランダ BIT の「無規定型」条項は、投資家による「平行する手続」を禁止していないとの前提に立っていたものと思われる。

3.2. 二者択一型条項に関する判例

3.2.1. Vivendi v. Argentina 事件⁶³

本件は、原告がアルゼンチンの地方政府である Tucumán と締結したコンセッション契約に関わる紛争に起因する。原告は、Tucumán 政府の行為はすべて国家としてのアルゼンチンに帰属し、Tucumán 政府がその権限を行使してコンセッション契約上の原告の権利を侵害したならば、それはアルゼンチン・仏 BIT の違反を構成し、アルゼンチンは同 BIT 上、原告に対して責任を有すると主張した⁶⁴。しかし、本件のコンセッション契約は排他的管轄権条項を含んでおり、同条項は、当該契約の解釈適用に関する紛争の解決のために、契約当事者は紛争を Tucumán の行政裁判所に付託すると定めていた。この点で、被告は、原告により提起された請求はコンセッション契約に基づく当事者の権利義務にのみ関連しており、よって、契約上の排他的紛争解決条項により、原告はその請求を Tucumán 行政裁判所に付託しなければならないと主張した⁶⁵。

原告は、排他的管轄権条項の条件があつたとしても、条約に基づく請求を被告に対して提起するにあたって事前に国内救済を求めることは、本件 BIT によって義務づけられていないと反論した。この争点において原告は、本件 BIT 第8条2項を援用した。同条項は次のように規定する。

紛争が当事者によって言及された時点から6箇月以内に解決できない場合には、投資家の要請により、紛争は次のいずれかに付託される。

⁶¹ CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic (Partial Award in the UNCITRAL Arbitration Proceedings 13 September 2001), *available at* <http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2001PartialAward.pdf>, para. 410.

⁶² *Id.* para. 409.

⁶³ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentina, ICSID No. ARB/97/3 (Award 21 November 2000), 40 INT'L LEGAL MATERIALS 426 (2001).

⁶⁴ *Id.* para. 57.

⁶⁵ *Id.* para. 41.

紛争の当事者である締約国の国内裁判所

又は

第 3 項の条件に従った国際仲裁

投資家が紛争を締約国の裁判所又は国際仲裁に一旦付託すれば、その手続の選択は最終的である。

同条項の解釈適用に関し原告は、もし原告がアルゼンチンの裁判所(Tucumán の行政裁判所を含む)において何らかの国内救済を求めていたならば、そのことは同条項にいう選択を行ったものとみなされたいと主張した。原告の論理は、「二者択一型」条項である第 8 条が存在するので、原告はコンセッション契約に基づく紛争解決手続に従って国内救済を求めることは要求されないというものであった。換言すれば、もし原告がそのように要求されたならば、ICSID 仲裁を求める権利を放棄したものとみなされてしまうので不当だとの主張である⁶⁶。

仲裁裁判所は、「Tucumán に対し契約違反に関する請求を Tucumán 行政裁判所に付託することは、原告の立場とは反対に、アルゼンチン共和国に対して国内裁判所で法的行動をとるとの原告の選択には該当せず、本件 BIT 第 8 条に基づく『二者択一』を構成しないので、ICSID 条約に基づく将来の請求を妨げることはない」と判断した⁶⁷。この点の理由付けは不明確だが、仲裁裁判所の意味するところは、たとえ原告がコンセッション契約の排他的管轄権条項に従って Tucumán 行政裁判所に契約に基づく請求を提起したとしても、そのことは、本件 BIT 第 8 条に従って条約に基づく請求を後に国際裁判所に提起する原告の権利の放棄にはならないということであると考えられる⁶⁸。

この仲裁判断の 2 年後、ICSID の仲裁判断取消し規則に従って設置された特別委員会は、管轄権に関する本件仲裁裁判所の判決を部分的に取り消すことを拒否したが⁶⁹、「二者択一型」条項に関する仲裁裁判所の判断に関しては、特別委員会は次のような異なる見解を示した。

仲裁裁判所は、第 8 条 2 項は BIT 違反の請求にのみ適用されるのであって、たとえ契約に基づく請求などが BIT 違反に基づく請求と重なり合うとしても、Tucumán 行政裁判所の管轄権内にある前者に対しては適用されないと解釈した。換言すれば、仲裁裁判所の見解では、第 8 条 2 項に定められた二者択一は、「BIT に基づく請求原因を明示的に主張する請求」あるいは「アルゼンチン共和国が当該 BIT に違反したとの請求」に限定して適用される。同条項は、「コンセッ

⁶⁶ *Id.* para. 42.

⁶⁷ *Id.* para. 55.

⁶⁸ Douglas, *supra* note 30, at 276.

⁶⁹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentina*, ICSID No. ARB/97/3 (Decision on Annulment 3 July 2002), 41 INT'L LEGAL MATERIALS 1135 (2002).

オン契約に基づく」請求や「コンセッション契約の条件に違反したとの原告の訴訟」には適用されない。

[中略]

第 8 条は、「一方の締約国と他方の締約国の投資家との間の紛争であって、本協定の下で行われた投資に関するもの」を一般的に扱っている。投資家の選択によって、国内裁判か国際裁判かに付託されるのは、そうした紛争である。第 8 条は、狭い定式は用いておらず、投資家の請求が BIT それ自体の違反を主張することを求めている。紛争が、BIT の下で行われた投資に関連していれば十分である。このことは、「本協定の解釈適用に関する」紛争に言及する本件 BIT 第 11 条や、NAFTA 第 11 章に規定された義務に投資受入国が違反したとの請求を投資家は仲裁に付託できると規定する NAFTA 第 1116 条と対照的であろう。したがって、国内裁判所に付託された請求が、第 8 条 1 項の意味における「本協定の下で行われた投資に関する紛争」に関係するならば、第 8 条 2 項は適用される。特別委員会の見解では、Tucumán 行政裁判所へ付託された原告による Tucumán 政府に対するコンセッション契約違反の請求は、BIT の下で行われた投資に関する紛争と同時に存在するならば、一見したところ、第 8 条 2 項の範囲内にあり、手続の「最終的」選択を構成するであろう⁷⁰。

このように特別委員会は、「投資に関するいかなる紛争」という文言を、BIT に基づく請求だけでなく、契約に基づく請求に関する紛争をも意味すると解釈したのである。この解釈は、仲裁裁判所の解釈とは非常に対照的である。特別委員会によれば、「二者択一」条項は、たとえ投資家が契約に基づく請求を国内裁判所に付託したとしても、適用されることになる。特別委員会にとっては、国内救済手続も国際仲裁も「本協定の下で行われた投資に関する紛争」を扱っているのも、前者における請求原因と、後者における請求原因とが異なることは問題とならないのである。

3.2.2. Genin v. Estonia

Genin v. Estonia 事件⁷¹では、米国民である Alex Genin と彼が所有支配する二つの会社 (Eastern Credit; Baltoli) が原告で、Eastern Credit と Baltoli は、エストニア法に基づいて設立された金融機関である Estonia Innovation Bank (EIB) の主要な株主であった。EIB は債務超過に陥った Eastern Social Bank の支店を、エストニアの中央銀行である Bank of Estonia が行った競売で購入した。しかし売買合意の後に、EIB は Bank of Estonia に対し、バランスシートの不一致があることを通知し、Estonia Social Bank を、バランスシートの偽装により生じたとされる損害の賠償を求めて、エストニアの裁判所に提訴した。さらに、

⁷⁰ *Id.* paras 38 and 55.

⁷¹ Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Balitoli v. The Republic of Estonia, ICSID No. ARB/99/2 (Award 25 June 2001), 17 ICSID REV. 395 (2002).

Bank of Estonia は EIB の銀行免許を廃止したので、EIB はエストニア行政裁判所で当該免許廃止処分の適法性を争った⁷²。

原告は、こうした一連の国内訴訟の開始の後に、エストニア・米国 BIT の下で、エストニアが同条約に違反したとの請求を ICSID 仲裁裁判所に付託した。エストニアは、ICSID 仲裁裁判所に付託された請求は既にエストニアの裁判所で争われており、原告はそれらの同じ紛争を他の手続で争う権利を喪失したとの先決的抗弁を行った⁷³。エストニア・米国 BIT における「二者択一型」条項は次のとおりである。

第 6 条

1. 本条の目的において、投資紛争とは、一方の締約国と他方の締約国の国民又は会社との間の紛争であつて、次のいずれかから生じ又は関連するものをいう。
 - (a) 当該一方の締約国と当該他方の締約国の国民又は会社との間の投資合意
 - (b) 当該一方の締約国の外国投資当局によって当該他方の締約国の国民又は会社に与えられた投資許可
 - (c) 投資に関して本条約によって与えられ又は創設された権利の侵害
2. 投資紛争が生じた場合には、紛争当事者はまず協議と交渉を通じて解決を求め、紛争が友好的に解決できない場合には、当該国民又は会社は紛争の解決のために次にいずれかに提訴することを選択できる。
 - (a) 紛争の当事者である一方の締約国の司法裁判所又は行政裁判所
又は
 - (b) 適用可能な以前に合意された紛争解決手続
 - (c) 第 3 項の条件に従った手続
- 3.(a) 当該国民又は会社が紛争の解決のために第 2 項 (a) 又は (b) に従って提訴していないこと、及び、紛争の発生の日から 6 箇月が経過したことを条件として、当該国民又は会社は、次のいずれかの拘束力ある仲裁に紛争の解決を付託することを、書面により合意することを選択できる。
 - (i) 1965 年 3 月 18 日にワシントンで作成された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) によって設立された投資紛争解決国際センター ただし当該一方の締約国が当該条約の当事国である場合に限る。
 - (ii) 投資紛争解決国際センターが利用可能でない場合には、当該センターの追加的な制度

⁷² *Id.* paras 30-61.

⁷³ *Id.* para. 321.

- (iii) 国際連合国際商取引法委員会 (UNCITRAL) の仲裁規則に従った仲裁
- (iv) 紛争の当事者が相互に合意する場合には、他の仲裁制度又は他の仲裁規則に従った仲裁

エストニアの主張を支持する証言の中でローエンフェルド教授は、原告と EIB は一つの「集団」を構成し、当該集団による国内訴訟の提起は原告に帰属すると述べた。同教授は、「当該集団の一の構成員が国内裁判所に提訴し、他の一の構成員が行政手続に訴え、さらにその他の構成員(又は支配的株主)が BIT と ICSID 条約に従って紛争を仲裁に付託することは、救済の選択の原則、とりわけ矛盾する決定を避けるという目的に完全に反するであろう」とも述べた⁷⁴。

仲裁裁判所は、「投資紛争」それ自体はエストニア国内での訴訟において問題とはなっていないとの理由で、これらの主張を斥けた。仲裁裁判所の判示は次の通りであった。

EIB による Estonia Social Bank の支店の購入と EIB の免許廃止に関連するエストニアでの訴訟は、本件手続において仲裁することを原告が求めている「投資紛争」における原告の請求原因とは同一ではない。EIB によって行われた法的行動は、支店の競売に関する Bank of Estonia の違法行為のために EIB が被った損害と、原告の利益に影響を与えた EIB の免許廃止にかかるものであるが、このことは、国内手続における当事者を、本件手続における当事者とするものではない。

[中略]

エストニアにおいて EIB が主張した請求原因と、本件手続で原告によって主張された請求原因との相違は、おそらく EIB の免許廃止に関して EIB が行った提訴の状況によって最もよく説明できる。Bank of Estonia の決定を覆し、免許を回復しようとする EIB の試みは、EIB の株主(少数株主も含む)のためであると同時に、その預金者、借り手、被雇用者など、EIB の活動の停止によって損害を被ったすべての主体のためにとられたものでもある。このことがエストニアにおいて訴訟となるべきことは明らかである。原状の回復を扱う権限のある他の裁判所はない。他方、ICSID 仲裁に付託された「投資紛争」は、原告のみが被ったとされる損失に関わるものであって、BIT の違反であると原告が主張するものから生じている。当該紛争を生じさせた事実のいくつかの側面は、エストニアにおける訴訟においても問題とはなっているが、「投資紛争」それ自体は問題とはなっておらず、したがって、原告は ICSID 仲裁制度を利用することを妨げられない。

[中略]

⁷⁴ *Id.* para. 322.

エストニアは、本件 BIT 第 6 条 8 項が EIB を米国の「国民又は会社」とみなすので、EIB がエストニアの司法裁判所と行政裁判所に提訴したことは、その「親会社」が紛争を ICSID 仲裁に付託することを排除すべきであると主張した。しかし、既に述べたように、EIB はすべての株主の利益のために、免許の廃止をエストニアにおいて争うほか選択肢がなかった。原告が本件 BIT によって定義される「投資紛争」を ICSID 仲裁に付託したのは、侵害されたとされる BIT 上の原告の権利に対する損害賠償を求めるためである⁷⁵。

このように仲裁裁判所は、請求原因の観点から「投資紛争」を狭く定義し、本件における「二者択一」条項の発動を否定したのである。

3.2.3. *Lauder v. Czech Republic*

Lauder v. Czech Republic 事件においては、米国国民である原告が、チェコ・米国 BIT に基づいて UNCITRAL 仲裁に紛争を付託した。原告は、被告が BIT の諸規定に違反したこと、及びそれらの違反によって原告が被った損害に対する損害賠償を被告がなすことを宣言する仲裁判断を求めた⁷⁶。本件の事実的背景は、*CME v. Czech Republic* 事件と同じである。原告は、CNTS の株主である CME を支配しており、CNTS がチェコの国内裁判所に民事上の訴訟を起こしていた⁷⁷。本件においては、原告は、CME が保有する CNTS 株式は原告により支配されかつ BIT によって保護されるべき投資であると主張した。被告はこの点については、争わなかった⁷⁸。

被告が提起した先決的抗弁は、同じ紛争が、本件手続の前に、チェコの国内裁判所と他の仲裁裁判所に既に付託されているため、本件 BIT 第 6 条 3 項によって本件仲裁裁判所が管轄権を行使することを妨げられるというものであった。被告によれば、これらの一連訴訟は、同じ状況から生じ、実質的には同じ救済を求めるものであって、紛争となっている問題はすべての事件において同一である⁷⁹。

チェコ・米国 BIT 第 6 条 3 項の「二者択一型」条項は次のとおりであった。

- (a) 紛争の発生の日から 6 箇月が経過した後には、当該国民又は会社は、投資紛争解決国際センター、当該センターの追加的な制度、国連国際商取引法委員会の仲裁規則、又は紛争当事者が合意する仲裁制度の仲裁規則のいずれかに従って、紛争を調停又は拘束力ある仲裁に解決のために付託することを、書面により同意することを選択できる。当該国民又は会社が、一旦そのように

⁷⁵ *Id.* paras 331-3.

⁷⁶ *Lauder v. Czech Republic*, *supra* note 3, para. 42.

⁷⁷ *Id.* paras 77 and 143.

⁷⁸ *Id.* para. 154.

⁷⁹ *Id.* para. 156.

合意したならば、いずれの紛争当事者も、そのような手続を進めることができる。ただし以下のことを条件とする。

- (i) 当該紛争が、当該国民又は会社によって、適用可能な従前に合意された紛争解決手続に従って、解決のために付託されていないこと。

及び

- (ii) 当該国民又は会社が、当該紛争の当事者である締約国の司法裁判所、行政裁判所、又は権限ある裁判機関に、当該紛争を付託していないこと。

本件仲裁裁判所は、同条項の目的は、「同じ投資紛争が同じ原告によって同じ被告に対して、異なる仲裁裁判所及び(又は)紛争当事者である締約国の異なる裁判所に付託される状況を避けること」であると述べた⁸⁰。このことを基に、仲裁裁判所は、チェコの国内裁判手続は、異なる当事者と異なる請求原因を扱っているのであり、「Lauder 氏もチェコ共和国も、チェコの国内裁判所における多数の訴訟において当事者となっていない」と判示した⁸¹。このように仲裁裁判所は、投資家がチェコの国内裁判所に条約に基づく請求を付託した場合にのみ、「二者択一型」条項の下で条約に基づく仲裁手続に訴えることを禁止されるとの前提に立っていたと思われる。

3.2.4. CMS v. Argentina

CMS v. Argentina 事件においては⁸²、米国の会社である CMS が、アルゼンチン・米国 BIT に従って、アルゼンチンを ICSID 仲裁に提訴した。本件提訴は、CMS が投資を行っていた企業、TGN に適用されるガス輸送の料金設定制度をアルゼンチンが停止したことに関わる⁸³。アルゼンチンは、本件 BIT の第 7 条 3 項(a)の「二者択一型」条項を投資家が発動させたとの先決的抗弁を提起した。アルゼンチンの主張は、TGN が連邦最高裁判所に上訴しており、かつ、他の行政救済も求めているため、CMS は同じ紛争を本件 BIT に基づいて仲裁に付託することはできないというものであった。

「二者択一型」条項の解釈に関して仲裁裁判所は、「ICSID 仲裁裁判所の諸判決は、契約に基づく請求と条約に基づく請求とは、たとえ契約違反が国内裁判所で争われていたとしても、別のものであるから、そのことは条約に基づく請求を仲裁に付託することを妨げるものではないと判示してきた」と述べた。仲裁裁判所は、CMS によっては国内裁判所に何らの提訴もされていないので、「二者択一型」条項である第 7 条 3 項(a)は CMS に対しては発動されないと判断した。仲裁裁判所によれば、「別個の法制度の下で、紛争当事者も請求原

⁸⁰ *Id.* para. 161.

⁸¹ *Id.* paras 162-3.

⁸² CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID No. ARB/01/8 (Decision on Jurisdiction 17 July 2003), 42 INT'L LEGAL MATERIALS 788 (2003).

⁸³ *Id.* para. 1.

因も異なる」のである⁸⁴。

3.2.5. Azurix v. Argentina

Azurix v. Argentina 事件において⁸⁵、米国の会社である原告は、アルゼンチン・米国 BIT に基づいて被告に対して仲裁を申し立てた。原告は、Buenos Aires 州における上下水道事業に対する原告の投資に関して、被告が BIT、他の国際法、及びアルゼンチン法に基づく義務に違反したと主張した。原告によれば、それらの違反は、アルゼンチン共和国それ自身の不作為と、その地方政府等の下部組織の作為及び不作為の双方によって構成される⁸⁶。

これに対し被告は、原告が既にアルゼンチンの国内裁判所に紛争を付託しており、これは本件 BIT 第 7 条の「二者択一型」条項における選択権を行使したものであるから、本件仲裁裁判所の管轄権は否定されると反論した。一連の事態の中で、原告のアルゼンチン子会社である Azurix Buenos Aires SA (ABA) が 5 件の行政救済を申し立てており、また ABA と Buenos Aires 州との間の契約終了に関する紛争が、州裁判所に付託されていた。さらに被告は、Azurix と ABA がこれらの訴訟における陳述の中で、その法的行動の基礎は、ICSID 仲裁裁判所における申立の基礎と同一であると認めているとも主張した⁸⁷。

本件仲裁裁判所は、CMS v. Argentina 事件の仲裁判断を引用し、本件においてはアルゼンチンの国内裁判所における手続では Azurix もアルゼンチン共和国も当事者とはなっていないため、「二者択一型」条項は発動されないと判示した⁸⁸。このように、仲裁裁判所は、CMS v. Argentina 事件におけるアルゼンチン・米国 BIT の「二者択一型」仲裁条項の解釈を踏襲したのである。

3.3. 国内救済手続放棄型条項に関する判例

3.3.1. Waste Management v. Mexico

Waste Management v. Mexico 事件において⁸⁹、仲裁裁判所は、NAFTA 第 1121 条の下で国内救済手続が放棄されていないため、管轄権を持たないと判断した。本件において米国の会社である Waste Management は、メキシコに対して、第 1105 条の公正かつ公平な待遇規定及び第 1110 条の収用規定に基づいて請求を提起した。これらの請求原因となっていたのは、原告とメキシコの行政機関との間のコンセッション契約と保証協定の違反とされる事実であった。

メキシコは、先決的抗弁の段階において、Waste Management が NAFTA 第 1121 条が

⁸⁴ *Id.* para. 80.

⁸⁵ Azurix v. Argentina, ICSID No. ARB/01/12 (Decision on Jurisdiction 8 December 2003), available at http://ita.law.uvic.ca/documents/Azurix-Jurisdiction_000.pdf.

⁸⁶ *Id.* para. 1.

⁸⁷ *Id.* para. 37.

⁸⁸ *Id.* paras 89-90.

⁸⁹ *Waste Management*, *supra* note 4.

要求するには国内救済手続を利用する権利を完全に放棄していないので、本件紛争に対して仲裁裁判所は管轄権を有さないと主張した。NAFTA 第 1121 条は、次のように規定する。

1. [略]
2. 紛争当事者である投資家は、以下の条件が満たされる場合にのみ、第 1117 条に基づいて請求を仲裁に付託できる。
 - (a) 投資家とその企業が、本協定に規定された手続に従って仲裁に同意すること。
 - (b) 投資家とその企業が、第 1117 条に規定される違反とされる紛争当事国の措置に関して、いずれかの締約国の法律に基づく行政裁判所又は司法裁判所において訴訟を提起し若しくは他の紛争解決手続において手続を開始し、又はこれらの訴訟若しくは手続を継続する権利を、放棄すること。ただし、紛争当事国の法律に基づく行政裁判所又は司法裁判所における損害賠償の支払を含まない差止、宣言、又はその他の例外的救済に関する訴訟を除く。

[後略]

原告は、ICSID に対して、ここでいう「放棄(waiver)」を伝えていたが、そこでは、「メキシコの国内法を含む、NAFTA 第 11 章以外の法源によって課される義務に被告が違反したとの主張を含むいかなる紛争解決手続にも、当該放棄は適用されない」と述べていた⁹⁰。実際に、原告が所有するメキシコ子会社である Acaverde は、原告が NAFTA に基づく請求を仲裁裁判所に付託する前に、メキシコの行政機関に対する訴訟を開始していた⁹¹。それにもかかわらず原告は、Acaverde はメキシコの国内手続においては NAFTA 以外の法規に関する違反を申し立てているのであって、原告が NAFTA 仲裁において根拠としている請求原因(NAFTA 違反)と、Acaverde が国内救済手続において根拠としている請求原因(契約違反等)とは異なると主張したのである⁹²。このような区別は、「二者択一型」仲裁条項に関する一連の仲裁判断において示された投資受入国の国内法に基づく請求原因と投資条約に基づく請求原因とを区別する考え方と類似している。

しかし本件仲裁裁判所の多数意見は、原告と Acaverde が NAFTA に違反するとされる同じ「措置」に関して申し立てているので、ともに NAFTA 第 1121 条の下で、国内救済手続

⁹⁰ *Id.* at 234.

⁹¹ *Id.* at 232-3.

⁹² Jacob S. Lee, *No "Double Dipping" Allowed: An Analysis of Waste Management, Inc. v. United Mexican States and the Article 1121 Waiver Requirement for Arbitration under Chapter 11 of NAFTA*, 69 *FORDHAM L. REV.* 2655, 2673 (2001).

を終了する義務を負っていると判断した。多数意見は、次のように述べた。

NAFTA の一の締約国による NAFTA 違反とされる措置に関連しない国内救済手続における訴訟が行われることを想定することは可能であり、その場合には、そうした訴訟が、NAFTA に基づく仲裁手続と同時に存在することは可能である。しかし、双方の法的行動が同じ措置から由来する法的基礎を有している場合には、原告がその損害に対する請求から二重の利益を得る差し迫ったリスクが存在するため、当該二つの法的行動はもはや同時には継続できない。これは、まさに、NAFTA 第 1121 条が回避しようとしていることである⁹³。

このように多数意見は、「国内救済手続放棄型」条項である NAFTA 第 1121 条の目的が、投資家の「二重の利益」を避けるためであると強調し、当該目的を達成するためには、投資家だけでなくその子会社も NAFTA 違反とされる措置に関連する国内救済を放棄しなければならず、それは国内救済手続における請求原因と NAFTA 仲裁における請求原因が異なっても同様であると判断したのである。こうした判断は、「二者択一型」仲裁条項を扱った仲裁裁判所の一連の判断とは、明らかに対照的である。多数意見は、Acaverde が行っている国内救済手続は、原告が NAFTA 仲裁において NAFTA 違反であると申し立てている措置に関連するものであるため、第 1121 条が禁止する範囲内にあり、したがって、メキシコの先決的抗弁は許容されると結論した⁹⁴。

他方、反対意見を付した仲裁人は、多数意見の結論と理由付けを批判した。この仲裁人によれば、NAFTA 第 1121 条における「措置」とは、「特定され、限定された行為又は概念」であり⁹⁵、次のように説明した。

債務保証に基づく支払を拒絶することや、コンセッション契約を終了することは、それぞれ「措置」とみることでもできるが、NAFTA 第 1121 条が規定する「措置」とはいえない。第 1121 条が規定するのは、それ自体が NAFTA の下で国際義務の違反となる「措置」である。第 1121 条は、それ自体が国際条約のレベルでの国際義務の違反にならず、かつ、NAFTA の下で提訴可能な行為ではない構成部分に適用されるとは読むことができない⁹⁶。

このように反対意見は、第 1121 条における「措置」の概念は、NAFTA 第 11 章によって課される実体的義務に基づいた法的概念であるとの立場をとった。すなわち、例えば債

⁹³ *Waste Management, supra* note 4, at 235-6.

⁹⁴ *Id.* at 234-9.

⁹⁵ *Waste Management*, ICSID No. ARB(AF)/98/2 (Dissenting Opinion of Arbitrator Keith Highet 8 May 2000), 15 ICSID REV. 241, 246 (2000).

⁹⁶ *Id.*

務保証を支払わないことは「措置の一部」ではあるが、「措置」それ自体ではないとの理解である⁹⁷。

さらにこの仲裁人は、「に関して(with respect to)」という文言の意味は、"relate to"や"concerning"といった文言よりも特定の、狭く、かつ明確なものであるとも指摘した⁹⁸。それゆえ、「措置に関するいかなる訴訟」という第 1121 条の文言は、NAFTA 違反の行為に直接的かつ特定の関わる訴訟を意味する。つまり、単なる「契約違反」は第 1121 条にいう「措置」には相当しないので、投資家は、国内救済手続における契約に基づく請求を放棄することまでは要求されないというのである。

この反対意見が依拠する考え方は、「二者択一型」仲裁条項に関する一連の仲裁判断と同じであるといえよう。反対意見は、請求原因が異なることを理由として、国内手続における請求を仲裁手続における請求から区別したのである⁹⁹。

3.3.2. Thunderbird v. Mexico

Thunderbird v. Mexico 事件においては¹⁰⁰、米国の会社である原告が、NAFTA 第 11 章に従って、メキシコを相手取り UNCITRAL 仲裁に提訴した。本件の請求は、メキシコにおいてゲーム機器関連の事業を行っていた原告の子会社である Entertainments de Mexico S.A. de C.V. (EDM)とそのグループ会社に関して、メキシコがとった措置に関するものである。原告は、EDM 等に対し国内投資家よりも不利な待遇を与えたことによって、メキシコが NAFTA 第 1102 条の内国民待遇義務に違反した等の主張をした¹⁰¹。

被告メキシコは、原告が NAFTA の要件に従い EDM に関する国内救済手続の放棄を行っていないとし、特に、仲裁に請求を付託する時点において書面による放棄を原告は行うべきであったと抗弁した。

この問題に関して本件仲裁裁判所は、請求の付託の際に国内救済手続の放棄を行うという要件は形式的なものであり、その瑕疵が後の手続の段階で治癒されるならば、当該瑕疵だけでは請求の付託を無効とするに十分ではないと述べた。本件手続においては、EDM 等は、原告が仲裁手続を進めるにあたって、メキシコにおける救済手続を開始も継続もしていないので、仲裁裁判所は、原告が NAFTA 第 1121 条の要件を満たしたと判断した¹⁰²。

この結論の理由付けとして仲裁裁判所は、「国内救済手続放棄型」条項の存在理由と趣旨目的を次のように説明した。

NAFTA 第 1121 条を解釈するにあたっては、当該条文の存在理由と目的を考慮

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Id.* at 252-3.

⁹⁹ *Id.* at 253.

¹⁰⁰ International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico (NAFTA Arbitral Award 26 January 2006), available at <http://ita.law.uvic.ca/documents/ThunderbirdAward.pdf>.

¹⁰¹ *Id.* paras 6, 41-84 and 168-208.

¹⁰² *Id.* paras 117-8.

に入れなければならない。同条に規定される仲裁合意と国内救済手続の放棄の要件は、特定の目的に資するものである。すなわち、紛争当事者が国内救済と国際救済を同時に追及することによって相反する結果と法的不安定性が発生すること、又は同一の行為若しくは措置から二重の救済を得ることを防止することである¹⁰³。

このように投資家は、少なくとも NAFTA の「国内救済手続放棄型」条項の下では、条約に基づく請求と国内法に基づく請求とを同時に追及することができないのである。

4. 投資仲裁条項における投資家の手続的選択肢の範囲

4.1. 「紛争」概念と「措置」概念

これまでの検討から、「平行手続許容型」条項と「無規定型」条項における投資家の選択肢は非常に広く、「二者択一型」条項と「国内救済手続先行型」条項の下でも投資家はかなり広い手続的選択肢を有することが分かった。他方で、「国内救済手続放棄型」条項が投資家に認める手続的選択肢は、他の仲裁条項と比べると相当程度限定されている。

「平行手続許容型」条項は、投資家が国内救済手続における請求と、国際仲裁における請求とを同時に付託することを、明示的に認めている。「無規定型」条項は、こうした「平行する手続」が許容されるかどうか明示的には定めていないが、仲裁判断によれば、「無規定型」条項の下では、投資家が国際仲裁に紛争を付託することは、たとえ当該投資家が同時に国内救済手続に訴えていたとしても、妨げられない¹⁰⁴。したがって、「平行する手続」を禁止する文言が存在しないことは、投資家が複数の手続を同時に進めることが禁止されないことを意味する。

さらに、「二者択一型」条項の下での投資家の選択肢も、「平行手続許容型」条項や「無規定型」条項ほどではないが、かなり広い。「二者択一型」という通称にもかかわらず、投資家はその手続的選択肢の中から選択を迫られることは実際にはほとんどない。なぜなら、「二者択一型」条項に関するこれまでの解釈に基づけば、仲裁裁判所の管轄権は、当該裁判所に付託された紛争について、国内救済手続における紛争当事者及び請求原因とが完全に一致しない限り、否定されないからである。

この点に関し、「二者択一型」条項が発動される可能性は、次の二つのケースで考えることができる。第一に、条約に基づく請求のみ国際仲裁に付託できると規定する「二者択一型」条項の下では、仲裁裁判所は、同じ投資家によって投資受入国の国内救済手続に同じ条約に基づく請求が既に付託された場合にも、管轄権を持たない。このケースでは、投

¹⁰³ *Id.* para. 118.

¹⁰⁴ *CME v. Czech Republic*, *supra* note 61.

投資家は条約に基づく請求を国際仲裁に付託するか、国内救済手続に付託するか、「二者択一」を迫られるという意味において、「二者択一型」条項が発動される。しかし、投資家が、投資受入国の裁判所又は行政救済機関に、BIT 違反に基づく請求を付託することは、まれであろう¹⁰⁵。また、投資受入国がその国内法体制において条約の自動執行性ないし直接適用可能性を認めていない場合には、投資家は投資受入国の国内救済手続においてそもそも条約に基づく請求を提起することはできない。以上のように、このケースでは「二者択一型」条項が発動される可能性は小さいといえよう。

第二に、条約に基づく請求に加え、契約や国内法に基づく請求も国際仲裁に付託できると規定する「二者択一型」条項の下では、同条項が発動される可能性は、第一のケースよりは高いであろう¹⁰⁶。なぜなら、投資家が、投資受入国の国内救済手続において投資合意や投資許可に基づく請求を既に付託していた場合、国際裁判所は、同じ請求原因の請求については、管轄権を持たないからである。つまり投資家は、投資合意・投資許可に基づく請求を、国際仲裁に付託するか、国内救済手続に付託するか、「二者択一」を迫られる。加えて、投資家が、条約に基づく請求を国内裁判所等に付託するとすれば、先の第一のケースに関する検討がそのまま当てはまる。したがって、「二者択一型」条項の下であっても、投資家は、請求原因が異なれば、国際仲裁手続と国内救済手続を同時に「平行して」進めることができるのである。その意味で、問題は単純な「二者択一」ではない。

さらに、投資家自身ではなく、その投資受入国における子会社が国内救済を求めた場合、そこでの紛争当事者は、国際仲裁における紛争当事者とは相違する。このことは、国内救済手続における「紛争」と、国際仲裁における「紛争」とが異なることを意味するので、投資家は、その子会社が行う国内訴訟とは無関係に国際仲裁を利用できることになる。

他方、対照的に、「国内救済手続放棄型」条項の下では、投資家は2以上の異なる「紛争」を国際仲裁と国内救済手続に同時に付託するという選択は許されない。これは、それらの「紛争」が同じ投資に関する事実に関連性を有する限りにおいてはあがあるが、「国内救済手続放棄型」条項は、何らかの違法行為を構成する「措置」又は「事態」に関するいかなる国内救済も、投資仲裁を利用するに当たっては放棄しなければならないからである。それゆえ、国内救済手続における請求原因(契約違反等)が、国際仲裁における請求原因(条約違反)と異なるとしても、投資家は国内救済手続を開始し又は継続することができない¹⁰⁷。

また、「国内救済手続放棄型」条項は、投資家だけでなく、その投資受入国における子会社にも、国内救済を放棄することを要求する。このことは、たとえ国内裁判手続における紛争当事者が国際仲裁手続における紛争当事者と異なるとしても、国内レベルと国際レベルで平行して訴訟を進めることは禁止されることを意味する。それゆえ、「国内救済手続放

¹⁰⁵ Douglas, *supra* note 30, at 281.

¹⁰⁶ 「投資に関する紛争」という概念が、条約に基づく請求と契約に基づく請求の双方を含むかどうかとも問題になりうるが、この点については、*SGS v. Philippines*, *supra* note 7, paras 130-5 を参照。

¹⁰⁷ Douglas, *supra* note 30, at 279.

棄型」条項の手続的要件は、「二者択一型」条項などに比べ、相当程度厳しい。

ただし、上述の「国内救済手続放棄型」条項の検討は、NAFTA 第 1121 条とそれに関する仲裁判断を念頭においており、同条は条約に基づく請求のみ投資仲裁に付託できるタイプである¹⁰⁸。米国・2004 年モデル BIT における「国内救済手続放棄型」条項は、投資家が、条約違反に関する請求だけでなく、投資合意や投資許可に関する請求も、投資仲裁に付託することができる¹⁰⁹。また、チリ・米国 FTA 第 10.15 条も次のように定める。

1. 一の紛争当事者が、投資紛争が協議と交渉によって解決できないと思慮する場合には、

(a) 原告は、それ自身のために、次の請求を本節の下での仲裁に付託することができる。

(i) 被告が、

(A) A 節又は附属書 10-F に基づく義務に違反したこと。

(B) 投資許可に違反したこと。

(C) 投資合意に違反したこと。

及び

(ii) 原告が当該違反により損失又は損害を被ったこと。

(b) 原告は、原告が直接又は間接に所有又は支配する被告の法人である企業のために、次の請求を本節の下での仲裁に付託することができる。

(i) 被告が、

(A) A 節又は附属書 10-F に基づく義務に違反したこと。

(B) 投資許可に違反したこと。

(C) 投資合意に違反したこと。

及び

(ii) 当該企業が当該違反により損失又は損害を被ったこと。

2. [後略]

本稿の第 2 章で検討したように、2004 年モデル BIT に沿って米国が締結した BIT/FTA (ウルグアイ・米国 BIT¹¹⁰、オマーン・米国 FTA¹¹¹、ペルー・米国 FTA¹¹²) は、それぞれ同様の「国内救済手続放棄型」条項を有する。このタイプの仲裁条項では、投資家は、条約に

¹⁰⁸ Other "no U-turn" clauses under which only treaty claims can be submitted could be found in the following treaties: Canada Model BIT, *supra* note 46, Art. 22; Canada-Ecuador BIT, *supra* note 49, Art. XIII(1); Japan-Mexico EPA, *supra* note 50, Art. 76.

¹⁰⁹ 2004 US Model BIT, *supra* note 45, Art. 24(1).

¹¹⁰ Uruguay-US BIT, *supra* note 53, Art. 24(1).

¹¹¹ Oman-US FTA, *supra* note 51, Art. 10.15.

¹¹² Peru-US FTA, *supra* note 52, Art. 10.16.

基づく請求だけでなく、投資合意や投資許可に基づく請求も仲裁に付託することができる。よって、たとえ投資家が投資受入国におけるすべての国内救済手続を放棄しなければならないとしても、投資仲裁において、投資合意や投資許可に関する救済を求めることができるのである。NAFTA 第 1121 条に比較すると、米国・2004 年モデル BIT に沿った「国内救済手続放棄型」条項は、投資家の選択肢を一定程度広げたことになる。

4.2. 「二重の救済」の可能性

4.2.1. 投資仲裁条項の解釈に対する仲裁裁判所のアプローチ

前節で検討したように、「平行手続許容型」条項、「無規定型」条項、及び「二者択一型」条項は、投資家に幅広い手続的選択肢を与えているのに対し、「国内救済手続放棄型」条項は、投資家の選択肢を相当程度制限している。この相違が生じた原因の一つは、投資仲裁条項の解釈に対する仲裁裁判所の姿勢にある。CME v. Czech Republic 事件では、チェコ・オランダ BIT における「無規定型」条項が援用されたが、仲裁裁判所は「条約に基づく手続は、個々の条約において特段の定めがない限り、民事法上の手続によって禁止されない」と述べた¹¹³。国内レベルと国際レベルで平行する訴訟は認められないとの被告の抗弁を、CME 事件の仲裁裁判所は、単に「無規定型」条項には何ら文言の基礎がないとの理由で退けたのであり、本件 BIT の趣旨目的や起草過程に関する検討はまったくなかった。

同様に、「二者択一型」条項に関しては、「紛争」の文言を文理的に解釈したが、その理由付けはほとんど示されていない。Vivendi v. Argentina 事件において仲裁裁判所は、契約違反に関して投資家がアルゼンチンの地方政府を相手取って行政裁判所に提訴したことは、アルゼンチン・米国 BIT の「二者択一型」条項の下で投資家が選択権を行使したことにはならないと判示したが、その理由は明確ではない。また、Genin v. Estonia 事件において仲裁裁判所は、国際仲裁における請求原因と国内救済手続における請求原因とが異なることを理由として、エストニア・米国 BIT における「二者択一型」条項の発動を否定したが、エストニア側の証人であるローエンフェルド教授が展開した議論、すなわち、原告による国際仲裁への請求付託が認められれば「救済の選択」の原則と矛盾する判決の回避という目的に反するとの主張には、何ら答えていない¹¹⁴。さらに、Lauder v. Czech Republic 事件において仲裁裁判所は、チェコ・米国 BIT の「二者択一型」条項の目的は、「同じ投資紛争が同じ原告によって同じ被告に対して、異なる仲裁裁判所及び(又は)紛争当事者である締約国の異なる裁判所に付託される状況を避けること」であると述べたが¹¹⁵、なぜ同条項の目的がこのように同定できるのかは何ら説明されていない。同仲裁裁判所は、「二者択一型」条項の「目的」に言及してはいるが、その内実は、「紛争」という文言の文理解釈を行ったものであろう。CMS v. Argentina 事件においても仲裁裁判所は、「ICSID 仲裁裁判

¹¹³ CME v. Czech Republic, *supra* note 61, para. 409.

¹¹⁴ Genin v. Estonia, *supra* note 71, para. 322.

¹¹⁵ Lauder v. Czech Republic, *supra* note 3, para. 161.

所の諸判決は、契約に基づく請求と条約に基づく請求とは、たとえ契約違反が国内裁判所で争われていたとしても、別のものであるから、そのことは条約に基づく請求を仲裁に付託することを妨げるものではないと判示してきた」と述べたが¹¹⁶、アルゼンチン・米国 BIT における「二者択一型」条項の趣旨目的や起草経緯については何ら説明していない。Azurix v. Argentina 事件の仲裁裁判所は、CMS v. Argentina 事件での仲裁裁判所の判断をそのまま踏襲しているに過ぎない¹¹⁷。

このように、従来の事件では、仲裁裁判所は「無規定型」条項や「二者択一型」条項の趣旨目的や起草経緯をまったく考慮していないが、そもそもこれらの条項が起草された際の意図は何であったのだろうか。それぞれの BIT の起草者は、「紛争」概念を一連の仲裁判断が示した解釈と同じように理解していたのだろうか。残念ながら起草経緯は不明であるが、投資仲裁条項について判例が蓄積する前の 1992 年に、Vandeveldel は米国の BIT に関する著作の中で、次のように著述していた。

ICSID 仲裁に対する投資家の同意の第二の条件は、投資家は投資受入国の裁判所や行政機関に対して紛争を付託してはならないことである。換言すれば、投資家は、国内救済を尽くしてはならないのである。よって、BIT は国内救済の完了を要求しないだけでなく、投資家による国内救済の利用は BIT の下での ICSID 仲裁に対する権利を失うことに帰結する。

[中略]

国内救済に訴えることを選択し、ICSID 仲裁に付託する権利を捨てることを選択した投資家は、司法に対するアクセスに関する規定の保護を受けることになる¹¹⁸。

このように Vandeveldel は、国内救済手続を利用することは「二者択一型」条項を発動することになると述べているが、ここでの「国内救済」とは、BIT に基づく請求だけでなく、契約や投資受入国の国内法に基づく請求をも含むと、通常は理解されよう。つまり、「紛争」は広く捉えられ、請求原因が異なっても、実態上、一体的な「対立 (conflict)」は同じ「紛争 (dispute)」と理解する考え方である。しかし、いずれにしても、Vandeveldel の理解が、米国の BIT の起草者意思と一致していたことかどうかは確かではない。

また、Waste Management v. Mexico 事件の仲裁裁判所は、「国内救済手続放棄型」条項の目的は、投資家が「二重の利益 (double benefit)」を得ることを防ぐことであり、そのためには、国内レベルと国際レベルで平行した手続を同時に行うことは認められないと明確に判示したが¹¹⁹、こうした理由付けが、「無規定型」条項と「二者択一型」条項に関する仲

¹¹⁶ CMS v. Argentina, *supra* note 82, para. 80.

¹¹⁷ Azurix v. Argentina, *supra* note 85, para. 89.

¹¹⁸ KENNETH J. VANDELDELDE, UNITED STATES INVESTMENT TREATIES: POLICY AND PRACTICE 167-8 (1992).

¹¹⁹ Waste Management, *supra* note 4, at 235-6. しかし、Lévesque は、仲裁裁判所が条約法条約の解釈

裁判例には欠けているのである。

4.2.2. 「二者択一型」条項の原理的説明と「二重の救済」の可能性

それでは、「二者択一型」条項に関する仲裁裁判所の解釈には、背後に何らかの原理的説明が存在するのだろうか。Schreuer は、投資家に対し国内法の下での実効的な救済を保証することが、国際仲裁に付託される投資紛争に関係するあらゆる国内救済に「二者択一型」条項が適用されないことの原理的説明であると論じている。Schreuer によれば、多くの BIT が、投資家に対し国内法の下での実効的な救済を保証するよう投資受入国に義務づけており、例えばアルゼンチン・米国 BIT 第 2 条 6 項は、「締約国は、投資、投資合意、及び投資許可に関し、請求を提起し、権利を執行する実効的な手段を提供しなければならない」と規定している。ここでいう「実効的な手段」には、投資受入国の裁判所や行政救済機関における手続も含まれるので、「二者択一型」条項の下で、投資家に国際仲裁か国内救済手続かを選択させることは、「実効的な手段」を提供することにならないというのである¹²⁰。

たしかに、条約の解釈規則に拠れば、条約の文言はその「文脈」に照らして解釈されなければならないので¹²¹、こうした投資家に対する実効的な国内救済について定める規定は、「二者択一型」条項の「文脈」を構成する。一連の仲裁判例は、こうした「文脈」について適切な考慮を払っていないが、Schreuer の議論は、仲裁裁判所の解釈を補強するものといえよう。

しかし、原理的レベルにおいては、「二者択一型」条項の下での投資家の「二重の利益 (double benefit)」の可能性についても考慮する必要がある。例えば、投資家又はその子会社が契約に基づく請求を投資受入国の裁判所に提起し、損害賠償を得ると同時に、同じ投資家が条約に基づく請求を国際仲裁に付託し、そこでも損害賠償請求が認容されたとする。このとき、投資家(その子会社も含め)は、二重の金銭賠償を得る可能性がある。「国内救済手続放棄型」条項の下では、投資家が国際仲裁において損害賠償を請求するにあたって、投資家とその所有支配する現地企業は、投資受入国における国内救済を放棄しなければならないので、そうした「二重の利益」を得る可能性はないが¹²²、「二者択一型」条項の下では、投資家の「二重の利益」も許容されるのであろうか。

この点で *CME v. Czech Republic* 事件の仲裁裁判所は、関連する訴訟の間で損害賠償額が調整されるべきことを、次のように示唆している。

二つの訴訟の目的が、原告の投資に対する損害を賠償することで一致するという事実は、条約に基づく手続においても、民事裁判手続においても、紛争当事

規則に従っていないと批判する。 See, Céline Lévesque, *Investor-State Arbitration under NAFTA Chapter 11: What Lies beneath Jurisdictional Challenges*, 17 ICSID REV. 320, 337-49 (2002).

¹²⁰ Christoph Schreuer, *Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, 5 J. WORLD INVESTMENT & TRADE 231, 248-9 (2004).

¹²¹ 条約法条約第 31 条 1 項。

¹²² Lee, *supra* note 92, at 2675.

者に対する管轄権を奪うことにはならない。請求を認容する仲裁判断は、それらの手続において決定される賠償額に影響を与えるか、又は、それぞれの被告に対して、他の手続における仲裁判例若しくは判決の下で損害は既に救済されているとの理由で、執行手続における抗弁を提起する権利を与える可能性がある¹²³。

仲裁裁判所が指摘するように、「平行する手続」が許容されるのであれば、国内裁判所又は仲裁裁判所が、損害賠償額を調整することが望ましいと考えられる。加えて、国内裁判所の判決又は国際仲裁裁判所の判断の執行段階においても、投資家に「二重の救済 (double-dipping)」が与えられないように、被告に抗弁が認められるべきであろう。なぜなら、「二重の救済」は、「実効的な救済」を越えた正当な損害賠償額以上の過度な救済といえるからである。

4.2.3. 「国内救済手続放棄型」条項の利点

しかし、仮に「二重の救済」問題が仲裁裁判所等による賠償額の調整又は仲裁判断の執行段階によって解決されうるとしても、「二重の救済」の可能性が完全に排除されるとは断定できず、依然として一定の法的不安定性が残る。この点で、「国内救済手続放棄型」条項は、一つの立法的解決策であろう。米国のモデル BIT は、1998 年版までは「二者択一型」条項を採用していたが、2004 年版は「国内救済手続放棄型」を新たに採用し、その後、米国が締結した BIT/FTA は投資仲裁制度に関して「国内救済手続放棄型」条項を導入している。先に検討したように、「国内救済手続放棄型」条項の下では、投資家は国内救済手続か国際仲裁かいずれかに提訴できるが、双方を同時に平行して進めることはできない。このことからすると、米国は、2004 年にモデル BIT を改定する際、「二者択一型」条項よりも「国内救済手続放棄型」条項のほうが望ましいと判断したものとかがわかる。2000 年から 2003 年にかけては、米国の BIT の「二者択一型」条項と「無規定型」条項に関する一連の仲裁判断が出され、結果として米国の投資家には幅広い手続的選択肢が認められたが、米国政府は必ずしも仲裁裁判所のとった解釈を歓迎していなかったのではないだろうか。もし米国政府が「二者択一型」条項の実際の運用に満足していたならば、モデル BIT の投資仲裁条項をあえて「国内救済手続放棄型」条項に切り替えることはしなかったであろう。

ただしここで、「国内救済手続放棄型」条項には二つのタイプがあることを想起する必要がある。第一のタイプは、投資家に条約違反に基づく請求のみ投資仲裁へ付託することを認めるもの、第二のタイプは、条約に基づく請求だけでなく、投資合意や投資許可に関する請求の付託も認めるものである。例えば、NAFTA 第 1121 条は第一のタイプであり、米国・2004 年モデル BIT は第二のタイプである。第一のタイプに関しては、投資家が投資仲裁に提訴する際には、条約に基づく請求以外の救済は一切放棄しなければならないため、

¹²³ *CME v. Czech Republic*, *supra* note 61, para. 410.

投資家の選択肢はかなり制限されてしまう。*Waste Management v. Mexico* 事件の反対意見が、この問題を次のように指摘している。

NAFTA 仲裁に提訴するために、原告が NAFTA に基づく請求に何らかの関連性を持つ民商法上の救済に関する国内手続(かつそれ自体は NAFTA に基づく請求ではない)まですべて放棄しなければならないことは、極端に高い代償であるといえる。それが NAFTA 締約国の合理的な意思であったとは考えられない。カナダの見解のように、NAFTA に基づく請求についてのみフォーラム・ショッピングを取り除こうとしたことが、NAFTA 締約国にとってのより説得的な目的であったであろう。なぜなら、そうしたフォーラム・ショッピングこそが、対立の原因であるからである¹²⁴。

この反対意見が指摘するように、NAFTA に基づく請求を国際仲裁に付託する代わりに、すべての国内救済を放棄しなければならないことは、投資家にとって若干厳しすぎるといえよう。投資受入国の行政機関による契約違反や行政処分が NAFTA 上の収用や不公正かつ不衡平な取り扱いに該当するという請求(すなわち請求原因は NAFTA 違反)を投資家が NAFTA 仲裁に付託し、それが認容されなかった場合、投資家とその子会社には、他の請求原因に基づく国内救済の可能性がまったく残されていないことになる¹²⁵。そのため投資家にとっては、投資契約等に関する国内救済まですべて放棄して投資仲裁に提訴することは、かなりリスクの高い選択になろう。

他方、第二のタイプの「国内救済手続放棄型」条項は、契約等に基づく請求を投資仲裁に付託する道を投資家に開いている。例えば、米国・2004年モデル BIT は、投資家自身のため、又はその子会社のために、BIT に基づく請求とは別に、投資許可と投資合意が投資受入国によって破られたとの請求を投資仲裁に付託することを認めている。こうした「国内救済手続放棄型」条項の下では、投資家とその子会社が、投資受入国における国内救済を一切放棄したとしても、国際仲裁に契約等に基づく請求を付託することができるので、投資家にとっては投資仲裁へ提訴するに当たり、投資契約違反等を争う機会を失うというリスクをおかす必要がない。また、同じ仲裁裁判所で、異なる請求原因について判断することになるので、当該仲裁裁判所が損害賠償額を調整することによって、「二重の救済」を投資家が得る可能性もなくなる。したがって、米国・2004年モデル BIT が採用した「国内救済手続放棄型」条項は、バランスのとれた投資紛争解決手続であるといえよう。

5. 結論

¹²⁴ *Waste Management*, Dissenting Opinion, *supra* note 95, at 260.

¹²⁵ Lee, *supra* note 92, at 2687.

5.1. 本稿の検討のまとめ

本稿は、BIT/FTA における投資仲裁と国内救済手続との複雑な関係をときほぐすことを試み、仲裁裁判所による投資仲裁条項の解釈を分析してきたが、その検討の結果を要約すれば、次のようになる。

- (i) 国内救済手続の位置付けの観点からは、投資仲裁条項は、「無規定型」、「二者択一型」、「国内救済手続放棄型」、「平行手続許容型」、及び「国内救済先行型」の5つに分類される。さらに、「二者択一型」条項と「国内救済手続放棄型」条項は、投資家が契約違反等に基づく請求を国際仲裁に付託できるかによって、細分できる。
- (ii) 「無規定型」条項と「平行手続許容型」条項の下では、国内レベルと国際レベルの双方で同時に手続を進めることについて、何らの制約もない。
- (iii) 仲裁裁判所の解釈によれば、「二者択一型」条項は、国際仲裁における紛争当事者と請求原因が国内救済手続における紛争当事者と請求原因に完全に一致しない限り、発動されない。条約に基づく請求のみが国際仲裁に付託できるとする「二者択一型」条項の下では、国際仲裁裁判所が投資家による請求について管轄権を欠くのは、投資受入国の裁判所等で、同じ投資家によって、条約に基づく同じ請求が既に付託されている場合のみであり、こうしたケースはまれであろう。他方、条約に基づく請求だけでなく、投資合意や投資許可に基づく請求も国際仲裁に付託できるとする「二者択一型」条項の下では、投資家が投資合意や投資許可に基づく請求を既に国内救済手続において行っている場合には、国際仲裁裁判所は、同じ投資家による同じ請求原因に基づく請求に関しては管轄権を欠くこととなるが、条約に基づく請求に対しては管轄権を行使できる。よって、全体としてみれば、「二者択一型」条項が発動される可能性は低く、何らかの「平行する手続」が国内レベルと国際レベルで進行することが許容されるといえよう。
- (iv) 「国内救済手続放棄型」条項に関する仲裁裁判所の解釈によれば、投資家は投資仲裁に提訴するにあたり、たとえ国際仲裁における請求原因と異なる国内裁判等であっても、同じ投資に関連する場合にはすべての国内救済手続を放棄しなければならない。また、「国内救済手続放棄型」条項は、投資家だけでなく、その所有・支配する企業が投資受入国で国内救済を追及する権利も同時に放棄することを要求する。したがって、「国内救済手続放棄型」条項の下では、いかなる「平行する手続」も許されないことになる。
- (v) 仲裁裁判所による「二者択一型」条項における「紛争」概念の文理解釈は、投資紛争解決制度が投資家に投資受入国の国内法上も実効的な救済を保障するものであるとの原理的説明によって補強することができるが、他方で、投資家が「二重の救済」を得てしまうリスクがあると批判しうる。「平行手続許容型」条項と「無規定型」条項も、同じリスクを抱えている。そうした「二重の救済」は、仲裁裁判所や国内裁判所が損害賠償額を調整すること又は執行段階において被告に抗弁を認めることによって、回避されるべきである。この点での法的不安定性は無視することができない。

(vi) 逆に「国内救済手続放棄型」条項の下では、「二重の救済」のリスクは存在しない。しかし、投資家が国際仲裁に提訴するにあたり、投資家だけでなく、その所有・支配する企業もすべての国内救済手段を放棄しなければならないことは、投資家の手続的選択肢を狭めすぎているとも言える。しかし、条約に基づく請求だけでなく、投資合意や投資許可に基づく請求をも国際仲裁に付託できるとする「国内救済手続放棄型」条項は、投資家とその子会社が投資合意や投資許可に関する国内救済をすべて放棄しなければならないとしても、同じ請求を投資仲裁に付託することができるため、上述の問題を解消することができる。したがって、このタイプの「国内救済手続放棄型」条項は、外国投資家に対する適切かつ正当な保護を与えると同時に、「平行する手続」にともなう法的不安定性を除去することにもなる。

5.2. わが国の BIT/FTA に対する示唆

以上の本稿の検討から、わが国が既に締結し或いはこれから締結する BIT/FTA に対して、どのような示唆が得られるであろうか。まず、わが国が締結した BIT 及び EPA における投資仲裁条項は、「二者択一型」か「国内救済手続放棄型」である。「二者択一型」を採用しているのは、日・トルコ BIT¹²⁶、日・香港 BIT¹²⁷、日・バングラデシュ BIT¹²⁸、日露 BIT¹²⁹、日・モンゴル BIT¹³⁰、日・パキスタン BIT¹³¹、日・シンガポール EPA¹³²、日韓 BIT¹³³、日・ベトナム BIT¹³⁴、日・マレーシア EPA¹³⁵、日・タイ EPA¹³⁶で、「国内救済手続放棄型」を採用しているのが、日・メキシコ EPA¹³⁷、日・チリ EPA¹³⁸である。

このうち、「二者択一型」条項についてみると、日・トルコ BIT 第 11 条、日・香港 BIT

¹²⁶ 投資の相互促進及び相互保護に関する日本国とトルコ共和国との間の協定、平成 5 年 2 月 23 日条約第 2 号。

¹²⁷ 投資の促進及び保護に関する日本国政府と香港政府との間の協定、平成 9 年 6 月 18 日条約第 7 号。

¹²⁸ 投資の促進及び保護に関する日本国とバングラデシュ人民共和国との間の協定、平成 11 年 7 月 28 日条約第 8 号。

¹²⁹ 投資の促進及び保護に関する日本国政府とロシア連邦政府との間の協定、平成 12 年 5 月 1 日条約第 3 号。

¹³⁰ 投資の促進及び保護に関する日本国とモンゴル国との間の協定、平成 14 年 2 月 27 日条約第 2 号。

¹³¹ 投資の促進及び保護に関する日本国とパキスタン・イスラム共和国との間の協定、平成 14 年 5 月 10 日条約第 3 号。

¹³² 新たな時代における経済上の連携に関する日本国とシンガポール共和国との間の協定、平成 14 年 11 月 12 日条約第 16 号。

¹³³ 投資の自由化、促進及び保護に関する日本国政府と大韓民国政府との間の協定、平成 14 年 12 月 12 日条約第 17 号。

¹³⁴ 投資の自由化、促進及び保護に関する日本国とベトナム社会主義共和国との間の協定、平成 16 年 11 月 25 日条約第 15 号。

¹³⁵ 経済上の連携に関する日本国政府とマレーシア政府との間の協定、平成 17 年 12 月 13 日署名、平成 18 年 6 月 15 日条約第 7 号。

¹³⁶ 経済上の連携に関する日本国とタイ王国との間の協定、平成 19 年 4 月 3 日署名。

¹³⁷ 経済上の連携の強化に関する日本国とメキシコ合衆国との間の協定、平成 17 年 3 月 4 日条約第 8 号。

¹³⁸ 戦略的な経済上の連携に関する日本国とチリ共和国との間の協定、平成 19 年 3 月 27 日署名、平成 19 年 8 月 14 日条約第 8 号。

第9条、日・バングラデシュ BIT 第10条、日露 BIT 第11条、日・モンゴル BIT 第10条、日・パキスタン BIT 第10条は、「紛争」を、投資受入国における「投資に関するもの」あるいは「投資から生ずる法律上の紛争」と幅広く定義しているのに対し、日・シンガポール EPA 第82条、日韓 BIT 第15条、日・ベトナム BIT 第14条、日・マレーシア EPA 第85条、日・タイ EPA 第106条は、「投資紛争」を「投資家の財産に関し、この協定に基づき与えられる権利が侵害されたことにより損失又は損害を生じさせたものをいう」と狭く定義している。従来の仲裁判断を踏まえれば、前者の「二者択一型」条項の下では、投資家は条約に基づく請求だけでなく、投資契約等に基づく請求も投資仲裁に付託しようと解されるので、投資家が投資受入国の国内救済手続において既に投資契約等に基づく請求を行っている場合には、同じ請求を投資仲裁に付託できないという意味において、「二者択一型」条項が発動される。しかし、投資家自身ではなく、その子会社等が投資受入国の国内救済手続を利用している場合、及び、投資家自身が国内救済を求めているとしてもその請求原因が投資仲裁における請求原因と相違する場合には、「二者択一型」条項は発動されない。したがって、これらの BIT における投資家の手続的選択肢はかなり広いことになる。また、後者の EPA/FTA においては、投資家は条約に基づく請求しか投資仲裁に付託できないが、投資家やその所有・支配する企業が契約等に基づく請求を同時に投資受入国の国内裁判所等に付託することは妨げられないことになろう。よって、その意味では国内レベルと国際レベルで「平行する手続」を進めることは許容されるのである。

他方、「国内救済手続放棄型」条項である日・メキシコ EPA 第76条及び第81条は、投資家が投資仲裁に付託できる請求を、「他方の締約国が前節の規定に基づく義務に違反したこと、かつ、その違反を理由とする又はその違反から生ずる損失又は損害を当該投資家が被ったことについての請求」であると定める。ここでいう「前節の規定」とは、日・メキシコ EPA の投資に関する実体諸規定であるため、投資仲裁に付託できる「投資紛争」は狭義、すなわち条約違反にかかるものに限られる。よって、日・メキシコ EPA の「国内救済手続放棄型」条項は、NAFTA 第1121条と同じタイプで、投資家が投資仲裁に提訴するに際しては、その所有・支配する企業も含めてすべての国内救済手続の開始及び継続の権利を放棄するとともに、投資仲裁では投資契約等に基づく請求は認められない。さらに、日・チリ EPA 第89条と第91条は、「国内救済手続放棄型」条項であるが、より投資家の手続的選択肢は狭い。すなわち第91条2項(a)(iii)及び(b)(iii)は、投資家及びその子会社が国内救済手続を既に開始している場合には、そもそも投資仲裁には付託できないとしているため、国内救済手続を「継続する権利」を放棄したとしても投資家は投資仲裁に提訴できないのである。このように両 EPA は、わが国が締結している他の BIT/EPA に比べると、投資家の手続的選択肢を相当程度制限しているといえよう。

わが国の投資家からすれば、わが国の BIT/EPA のほとんどが採用する「二者択一型」条項は、幅広い手続的選択肢を認めるので望ましいといえようが、逆にわが国が外国投資家から投資仲裁に提訴される可能性を考えると、「平行する手続」が「二重の救済」や法的不

安定性をもたらす恐れを含んでいる。他方、日・メキシコ EPA と日・チリ EPA の「国内救済手続放棄型」条項は、国内レベルと国際レベルでの「平行する手続」を一切認めないため、わが国がメキシコ又はチリの投資家に提訴されるケースを想定すると、政府にとっては手続面での法的リスクは低いであろうが、逆に、わが国の投資家がメキシコ又はチリを投資仲裁に提訴するケースでは、投資家が投資仲裁を利用する際の機会費用はかなり高いのではないかと考えられる。

こうしたわが国の BIT/EPA の投資仲裁条項が内包する問題点を踏まえると、本論の中でも言及したように、米国・2004年モデル BIT が採用したような「国内救済手続放棄型」条項、すなわち、条約に基づく請求だけでなく、投資合意や投資許可に基づく請求も国際仲裁に付託できるという投資仲裁制度を将来の BIT/EPA では取り入れるべきではないかとの示唆が得られる。管見の限りわが国はモデル BIT を公表していないが、今後モデル BIT を作成する際には、投資仲裁条項にかかる手続的問題を詳細に分析した上で、いずれのタイプが最も望ましいか検討すべきであろう。

5.3. 今後の課題

最後に、本稿の射程を越えるが、今後の課題として浮かび上がってくる点について付言することとしたい。

第一に、「無規定型」、「二者択一型」、及び「平行手続許容型」の投資仲裁条項の下では、国内レベルと国際レベルで何らかの「平行する手続」が進行する可能性があることを指摘したが、条約規定としての投資仲裁条項がそうした「平行する手続」を許容するかかどうかという問題に加えて、投資受入国の国内法が「平行する手続」を許容するかという問題も考える必要があろう。例えば、わが国の仲裁法 14 条 1 項は、仲裁合意がある限りにおいては、いずれかの紛争当事者が裁判所で訴えを提起しようとしても妨訴抗弁が成立すると定める。こうした手続法が、投資仲裁に関する合意にどの範囲で適用されるのかは、各国の国内法上の問題である。

第二に、国内レベルと国際レベルで同時に請求を付託することを許容するある条約の投資仲裁条項を、他の条約の最恵国待遇規定を援用することによって、当該他の条約の下での投資仲裁に適用できるかという問題も想定することができる。これは、最恵国待遇条項を、実体規定だけでなく紛争解決規定にも適用できるかという問題の一例である。本稿で明らかにしたように、「二者択一型」条項は「国内救済手続放棄型」条項に比較して、投資家に多くの手続的選択肢を認めている。「無規定型」条項と「平行手続許容型」条項は、「二者択一型」条項よりもさらに手続的な制約は緩い。そこで、投資家が、ある BIT の下で投資仲裁に提訴しようとする際に、当該 BIT の最恵国待遇条項を援用することによって、当該 BIT よりも手続的選択肢を幅広く認める他の BIT の投資仲裁条項を適用するよう主張す

することはできるのだろうか。Maffezini v. Spain 事件¹³⁹の仲裁裁判所は、この問題に若干ではあるが触れている。アルゼンチン国民である原告は、アルゼンチン・スペイン BIT 第 10 条に基づいてスペインを ICSID 仲裁に提訴したが、同条項は、一定の国内救済の追及が行われた後に投資仲裁に付託できるという「国内救済手続先行型」条項であった。スペインは、原告が同条項が義務づけるようにはスペインの国内裁判所に紛争を付託していないと主張したが、原告は、アルゼンチン・スペイン BIT の最恵国待遇条項に依拠し、国内救済手続の先行を要求しないチリ・スペイン BIT 第 10 条 2 項が本件に適用される投資仲裁手続だと反論したのである。この点に関し仲裁裁判所は、「もし他の条約が、投資家の権利と利益の保護にとってより有利な紛争解決規定を有しているならば、そうした規定は最恵国待遇条項の受益者に及ぶであろうし、それは同類解釈則(ejusdem generic)と完全に一致する」と結論した¹⁴⁰。この判示からすれば、最恵国待遇条項を援用することによって、「二者択一型」を「無規定型」条項でくつがえすことが認められそうである。しかし本件仲裁裁判所は、傍論ではあるが、「二者択一型」条項を最恵国待遇規定に依拠することによって迂回することは、「多くの国が公共政策(public policy)の問題として重要視している合意の最終性をくつがえすことになる」ので認められないと述べている¹⁴¹。たしかに、最恵国待遇条項を紛争解決手続に適用することは、各国の BIT/FTA における投資紛争解決制度を劇的に変更することにつながるが、仲裁裁判所のいう「公共政策」の考慮とは何であるかは明らかではない。よって、この点に関する更なる検討が必要であろう¹⁴²。

第三に、本稿の検討は、契約等に基づく請求(いわゆる"contract claim")と条約に基づく請求(いわゆる"treaty claim")との関係という極めて複雑で混乱をもたらす論点と密接な関係がある¹⁴³。とりわけ、投資契約における排他的管轄条項の効果は、その典型的な問題の一つである。SGS v. Pakistan 事件では、スイスの会社である SGS が、パキスタン・スイス BIT に基づいて、パキスタンを ICSID 仲裁に提訴した。本件の対立は SGS とパキスタン政府との間の契約を巡るものであったが、SGS は、パキスタンが同 BIT 上の公正かつ衡平な待遇規定及び投資の促進・保護規定に違反したと主張した¹⁴⁴。パキスタンは、SGS の請求の本質的な基礎は両者の間の契約違反であり、当該契約にはその紛争は国内仲裁に付

¹³⁹ Maffezini, *supra* note 2.

¹⁴⁰ *Id.* para. 56.

¹⁴¹ *Id.* para. 63.

¹⁴² Freyer & Herlihy は Maffezini v. Spain 事件とその後のケースを分析し、この問題についても簡潔に触れている。Dana H. Freyer & David Herlihy, *Most-Favored-Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How "Favored" is "Most-Favored"?*, 20 ICSID REV. 58, 82-3 (2005). See also, Eduardo Savarese, *Investment Treaties and the Investor's Right to Arbitration between Broadening and Limiting ICSID Jurisdiction*, 7 J. WORLD INVESTMENT & TRADE 407, 417-8 (2006).

¹⁴³ "contract claims"と "treaty claims"の関係については, see, e.g., Stanimir A. Alexandrov, *Breaches of Contract and Breaches of Treaty: The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines*, 5 J. WORLD INVESTMENT & TRADE 555 (2004); Yuval Shany, *Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims*, 99 AM. J. INT'L L. 835 (2005).

¹⁴⁴ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID No. ARB/01/13 (Decision of Jurisdiction 6 August 2003), 18 ICSID REV. 307 (2003), para. 34.

託されるという仲裁条項があるので、ICSID 仲裁裁判所は SGS の請求に対して管轄権を持たないと抗弁した¹⁴⁵。仲裁裁判所は、パキスタンの抗弁を却下し、たとえ契約が排他的管轄権条項を含んでいたとしても、SGS の条約に基づく請求に対しては当仲裁裁判所が管轄権を持つと決定したのである¹⁴⁶。すなわち、国際仲裁に付託された請求が実態的には契約に関係するものであり、かつ、当該契約に排他的管轄条項が含まれていても、形式的に条約違反に基づく請求である限り、ICSID 仲裁裁判所の管轄権は否定されず、国内レベルと国際レベルでの「平行する手続」が許容されるということになる。ところが、SGS v. Philippines 事件の仲裁裁判所は、SGS v. Pakistan 事件と非常に類似した事実関係があったにもかかわらず、「平行する手続」を認めなかった。本件で SGS は、SGS とフィリピン政府との間の契約が履行されなかったことにより、フィリピン・スイス BIT の公正かつ衡平な待遇規定、収用規定、及び包括条項(いわゆる"umbrella clause")¹⁴⁷にフィリピンが違反したと申し立てた¹⁴⁸。フィリピンは、本件紛争は「純粋に契約上の紛争であり、SGS の請求は契約上の不払いに関するものであるから、当該契約の排他的紛争解決条項が適用され」、仲裁裁判所は管轄権を持たないと抗弁した¹⁴⁹。この点に関し仲裁裁判所は、「本件 BIT 第 10 条 2 項と 4 条に基づく SGS の請求に対して管轄権を有するが、両規定に関して、SGS の請求は熟しておらず、契約によって合意された手続に従って支払額の決定が下されるのを待たなければならない」と判断したのである¹⁵⁰。仲裁裁判所によれば、SGS の条約に基づく請求に対しては管轄権を持つものの、契約に基づく支払額に関する未解決の紛争があるので、契約において合意された手続による決定と無関係に仲裁裁判所が SGS の請求を判断することは、適切ではなく、時期尚早だという¹⁵¹。本件裁判所は、これは請求の受理可能性の問題であり、厳密な意味での管轄権の問題ではないとの立場をとる¹⁵²。フィリピン・スイス BIT の投資仲裁条項は「二者択一型」であるが¹⁵³、本件仲裁裁判所の判示からすると、「二者択一型」条項の下では管轄権の問題としては「平行する手続」が可能であるが、請求の受理可能性の問題として、条約に基づく請求に関する仲裁手続の開始を認めなかつ

¹⁴⁵ *Id.* para. 45.

¹⁴⁶ *Id.* para. 155.

¹⁴⁷ "umbrella clause"に関する議論は、*see, e.g.,* Schreuer, *supra* note 120, 249-55; Anthony C. Sinclair, *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, 20 *ARB. INT'L* 411 (2004); OECD, *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements* (Working Paper on International Investment No. 2006/3, 2006).

¹⁴⁸ *SGS v. Philippines*, *supra* note 7, para. 44.

¹⁴⁹ *Id.* para. 51.

¹⁵⁰ *Id.* para. 163. この問題は *Vivendi v. Argentina* 事件の特別委員会が簡略に触れている。*See, Vivendi v. Argentina*, *supra* note 69, para. 98.

¹⁵¹ *Id.* para. 162.

¹⁵² Douglas はこの複雑な法的状況を、「非対称的管轄権競合 ("an asymmetrical conflict of jurisdiction")」と呼ぶ。Douglas, *supra* note 30, at 288. *SGS v. Philippines* 事件の仲裁裁判所は、受理可能性の概念を用いることにより、管轄権の競合問題を解消しようとしたともいえるが、Price は仲裁裁判所の判断を「国内救済の復活」であると批判する。*See, Daniel M. Price, Who Win and Who Loses in Investment Arbitration? Are Investors and Host States on a Level Playing Field?: The Lauder/Czech Republic Legacy*, 6 *J. WORLD INVESTMENT & TRADE* 73, 75-6 (2005).

¹⁵³ *Philippines-Switzerland BIT*, *supra* note 43, Art. VIII(2).

たものと思われる。したがって、契約上の排他的管轄条項の効果に関する **SGS v. Philippines** 事件の仲裁裁判所の判断は、**SGS v. Pakistan** 事件の仲裁裁判所のそれと、明らかに異なるものであり、今後の仲裁裁判でどういった判断が続いていくか注目する必要がある。受理可能性の観点も含めて、投資仲裁条項の下で投資家の手続的選択肢が制限されるかどうかを検討することは、実務的にも理論的にも重要であろう。

引用文献一覧

- 森川俊孝「NAFTA 第 11 章仲裁における国内的救済の規則の放棄の意味と範囲」『横浜国際経済法学』第 13 巻第 3 号 1-36 頁 (2005 年)。
- Alexandrov, Stanimir A., *Breaches of Contract and Breaches of Treaty: The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines*, 5 JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE 555-577 (2004).
- Douglas, Zachary, *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, 74 BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 151-289 (2003).
- Freyer, Dana H. & Herlihy, David, *Most-Favored-Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How "Favored" is "Most-Favored"?*, 20 ICSID REVIEW: FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 58-83 (2005).
- Lee, Jacob S., *No "Double Dipping" Allowed: An Analysis of Waste Management, Inc. v. United Mexican States and the Article 1121 Waiver Requirement for Arbitration under Chapter 11 of NAFTA*, 69 FORDHAM LAW REVIEW 2655-2691 (2001).
- Lévesque, Céline, *Investor-State Arbitration under NAFTA Chapter 11: What Lies beneath Jurisdictional Challenges*, 17 ICSID REVIEW: FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 320-379 (2002).
- OECD, *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview* (Working Paper on International Investment No. 2006/1, 2006).
- OECD, *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements* (Working Paper on International Investment No. 2006/3, 2006).
- Parra, Antonio R., *Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment*, 12 ICSID REVIEW: FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 287-364 (1997).
- Price, Daniel M., *Who Win and Who Loses in Investment Arbitration? Are Investors and*

Host States on a Level Playing Field?: The Lauder/Czech Republic Legacy, 6 JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE 73-77 (2005).

Sacerdoti, Giorgio, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, 269 RECUEIL DES COURS 255-463 (1997)

Savarese, Eduardo, *Investment Treaties and the Investor's Right to Arbitration between Broadening and Limiting ICSID Jurisdiction*, 7 JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE 407-421 (2006).

Schreuer, Christoph, *Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, 5 JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE 231-256 (2004).

Shany, Yuval, *Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims*, 99 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 835-851 (2005).

Sinclair, Anthony C., *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, 20 ARBITRATION INTERNATIONAL 411-434 (2004).

VANDEVELDE, KENNETH J., UNITED STATES INVESTMENT TREATIES: POLICY AND PRACTICE (1992).

判例一覽

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID No. ARB/99/2 (Award 25 June 2001), 17 ICSID REVIEW: FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 395 (2002).

Azurix v. Argentina, ICSID No. ARB/01/12 (Decision on Jurisdiction 8 December 2003), *available at* http://ita.law.uvic.ca/documents/Azurix-Jurisdiction_000.pdf.

Emilio Agustín Maffezini v. Spain, ICSID No. ARB/97/7 (Decision on Jurisdiction 25 January 2000), 16 ICSID REVIEW: FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 212 (2001).

CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic (Partial Award in the UNCITRAL Arbitration Proceedings 13 September 2001), *available at* <http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2001PartialAward.pdf>.

CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID No. ARB/01/8 (Decision on Jurisdiction 17 July 2003), 42 INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS 788 (2003).

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentina, ICSID No. ARB/97/3 (Award 21 November 2000), 40 INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS 426 (2001).

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentina, ICSID No. ARB/97/3 (Decision on Annulment 3 July 2002), 41 INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS 1135 (2002).

International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico (NAFTA Arbitral Award 26 January 2006), *available at* <http://ita.law.uvic.ca/documents/ThunderbirdAward.pdf>.

Ronald S. Lauder v. The Czech Republic (Final Award 3 September 2001), *available at* <http://ita.law.uvic.ca/documents/LauderAward.pdf>.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID No. ARB/01/13 (Decision of Jurisdiction 6 August 2003), 18 ICSID REVIEW: FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 307 (2003).

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID No. ARB/02/6 (Decision on Jurisdiction 29 January 2004), *available at* <http://www.worldbank.org/icsid/cases/SGSvPhil-final.pdf>.

Waste Management Inc. v. Mexico, ICSID No. ARB(AF)/98/2 (Award 2 June 2000), 5 ICSID REPORT 443 (2000).

条約一覧

*すべての BIT は UNCTAD Investment Instruments Online

(http://www.unctadxi.org/templates/Startpage___718.aspx)で入手可能である。

投資の促進及び保護に関する日本国政府と香港政府との間の協定、平成 9 年 6 月 18 日条約第 7 号(日・香港 BIT)。

投資の促進及び保護に関する日本国とバングラデシュ人民共和国との間の協定、平成 11 年 7 月 28 日条約第 8 号(日・バングラデシュ BIT)。

投資の促進及び保護に関する日本国政府とロシア連邦政府との間の協定、平成 12 年 5 月 1 日条約第 3 号(日露 BIT)。

投資の促進及び保護に関する日本国とモンゴル国との間の協定、平成 14 年 2 月 27 日条約第 2 号(日・モンゴル BIT)。

投資の促進及び保護に関する日本国とパキスタン・イスラム共和国との間の協定、平成 14 年 5 月 10 日条約第 3 号(日・パキスタン BIT)。

新たな時代における経済上の連携に関する日本国とシンガポール共和国との間の協定、平成 14 年 11 月 12 日条約第 16 号(日・シンガポール EPA)。

投資の自由化、促進及び保護に関する日本国政府と大韓民国政府との間の協定、平成 14 年 12 月 12 日条約第 17 号(日韓 BIT)。

投資の自由化、促進及び保護に関する日本国とベトナム社会主義共和国との間の協定、平成 16 年 11 月 25 日条約第 15 号(日・ベトナム BIT)。

経済上の連携に関する日本国政府とマレーシア政府との間の協定、平成 18 年 6 月 15 日条約 7 号(日・マレーシア EPA)。

経済上の連携に関する日本国とタイ王国との間の協定、平成 19 年 4 月 3 日署名(日・タイ EPA)。

経済上の連携の強化に関する日本国とメキシコ合衆国との間の協定、平成 17 年 3 月 4 日条約第 8 号(日・メキシコ EPA)。

戦略的な経済上の連携に関する日本国とチリ共和国との間の協定、平成 19 年 8 月 14 日条約第 8 号(日・チリ EPA)。

Accord entre la Confédération suisse et la République islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements (Pakistan-Switzerland BIT、パキスタン・スイス BIT)。

Accord entre la Confédération suisse et la République des Philippines concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, 31 mars 1997 (Philippines-Switzerland BIT、フィリピン・スイス BIT)。

Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de la République Argentina sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements, 3 juillet 1991 (Argentina-France BIT、アルゼンチン・フランス BIT)。

Agreement between Australia and the Czech Republic on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 30 September 1993 (Australia-Czech Republic BIT、オーストラリア・チェコ BIT)。

Agreement between Australia and the Republic of Hungary on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (Australia-Hungary BIT、オーストラリア・ハンガリーBIT)。

Agreement between Australia and the Republic of Poland on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 7 May 1991 (Australia-Poland BIT、オーストラリア・ポーランド BIT).

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investment, 5 November 1991 (Argentina-Canada BIT、アルゼンチン・カナダ BIT).

Agreement between the Government of the Arab Republic of Egypt and the Government of the Kingdom of Denmark concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Denmark-Egypt BIT、デンマーク・エジプト BIT).

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Ecuador for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Canada-Ecuador BIT、カナダ・エクアドル BIT).

Agreement between the Government of the Republic of Hungary and the Government of Mongolia for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Hungary-Mongolia BIT、ハンガリー・モンゴル BIT).

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Kazakhstan for the Promotion and Protection of Investments (Kazakhstan-UK BIT、カザフスタン・英国 BIT).

Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Sultanate of Oman on the Establishment of a Free Trade Area, 19 January 2006 (Oman-US FTA、オマーン・米国 FTA),
available at
http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Oman_FTA/Section_Index.html.

Agreement between the Lebanese Republic and the Kingdom of Sweden on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (Lebanon-Sweden BIT、レバノン・スウェーデン BIT).

Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of South Africa concerning

the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (South Africa-Turkey BIT、南アフリカ・トルコ BIT).

Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Argentine Republic (Argentina-Netherlands BIT、アルゼンチン・オランダ BIT).

Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic (Czech Republic-Netherlands BIT、チェコ・オランダ BIT).

North American Free Trade Agreement (NAFTA), 8 December 1992, 32 INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS 289 (1993).

Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (Argentina-US BIT、アルゼンチン・米国 BIT).

Treaty concerning the Promotion and Mutual Protection of Investments between Federal Republic of Germany and Bolivia (Bolivia-Germany BIT、ボリビア・ドイツ BIT).

Treaty between the United States of America and the Czech and Slovak Federal Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (Czech Republic-US BIT、チェコ・アメリカ BIT).

Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, November 2005 (Uruguay-US BIT、ウルグアイ・米国 BIT), *available at* http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/BIT/Uruguay/Section_Index.html.

United States-Chile Free Trade Agreement, 6 June 2003 (Chile-US FTA、チリ・米国 FTA), *available at* http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Chile_FTA/Section_Index.html.

United States-Peru Trade Promotion Agreement, 12 April 2006 (Peru-US FTA、ペルー・

米国 FTA), *available at*

http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Peru_TPA/Section_Index.html.

[Model BITs]

*All Model BITs are *available at* UNCTAD Investment Instruments Online (http://www.unctadxi.org/templates/Startpage____718.aspx), except for Canada Model BIT.

1994 US Model BIT (Treaty between the Government of the United States of America and the Government of ___ concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, April 1994) (米国・1994年モデル BIT).

1998 US Model BIT (Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of ___ concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (1994 Prototype, revised 4/1998)) (米国・1998年モデル BIT).

2004 US Model BIT (Treaty between the Government of the United States of America and the Government of ___ concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment) (米国・2004年モデル BIT).

Canada Model BIT (Agreement between Canada and ___ for the Promotion and Protection of Investments),
available at <http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm> (カナダ・モデル BIT).

Croatia Model BIT (Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the ___ on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments) (クロアチア・モデル BIT).

Denmark Model BIT (Agreement between the Government of the Kingdom of Denmark and the Government of ___ concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments) (デンマーク・モデル BIT).

Germany Model BIT (Treaty between the Federal Republic of Germany and ___ concerning the Encouragement and Reciprocal Promotion of Investments [February

1991]) (ドイツ・モデル BIT).

Iran Model BIT (Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Government of the Islamic Republic of Iran and the Government of ___) (イラン・モデル BIT).

Mongolia Model BIT (Agreement between Mongolia and ___ on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments) (モンゴル・モデル BIT).

Netherlands Model BIT (Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between ___ and the Kingdom of the Netherlands) (オランダ・モデル BIT).

Peru Model BIT (Agreement between the Republic of Peru and the ___ on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments) (ペルー・モデル BIT).

Switzerland Model BIT (Agreement between the Swiss Confederation and ___ on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments) (スイス・モデル BIT).

South Africa Model BIT (Agreement between the Government of the Republic of South Africa and the Government of ___ for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments) (南アフリカ・モデル BIT).

Sweden Model BIT (Agreement between the Government of the Kingdom of Sweden and the Government of ___ on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments [May 2002]) (スウェーデン・モデル BIT).

Thailand Model BIT (Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of ___ for the Promotion and Protection of Investments (Version 2002)) (タイ・モデル BIT).

Turkey Model BIT (Agreement between the Republic of Turkey and ___ concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments) (トルコ・モデル BIT).

UK Model BIT (Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of ___ for the Promotion and

Protection of Investments [June 1991]) (英国・モデル BIT).