

## II 投資協定における利益否認条項

(松本 委員)

### はじめに

本稿は投資協定の利益否認条項について検討する。利益否認条項とは、一定の場合に、締約国が、相手国の投資家及びその投資財産に対し、投資協定上の全部又は一部の利益を否認することができる旨を定める規定である。一般的には、利益を否認することができる場合の一類型として、概ね①投資母国の投資家（企業）が第三国の投資家によって所有され、又は支配されており、かつ②当該企業が投資母国の区域内において実質的な事業活動（SBA: Substantial Business Activities）を行っていないことが定められる。利益否認を行う他の類型<sup>1</sup>も同時に定められることが多いが、本稿の検討対象は先に述べた類型（以下「P型利益否認」という。）に限定する。

P型の利益否認条項は、条約締結国ではない第三国の投資家が締約国内に設立したペーパーカンパニーに対して、投資協定上の利益を否定する権利を国家に与える。趣旨としては、協定締結国でない第三国は、協定上の義務を負わないにもかかわらず、一方の国と一定程度の結びつきを有しない第三国の企業が、協定上の利益を得ることを防止することや、例えばエネルギー憲章条約のような多数国間条約の場合など、加盟国以外の国が当該条約に加盟するインセンティブを与えること<sup>2</sup>が考えられる。

類似の効果は、法人投資家の定義を狭めることによっても達成できる。もっとも、典型的には、P型利益否認条項の要件に該当する投資家の利益は、利益否認条項の場合は、アドホックに否定されうるのに対し、法人投資家の定義を相手国とより強い結びつきのある法人に限定した場合は、確定的に否定される。法人投資家の定義や利益否認条項の採用の有無は協定毎に異なり、これはそれぞれの国が投資協定上の利益をどのような投資家に与えるかを判断した結果と考えられる。近年、利益否認条項に関する仲裁判断の中には、利益否認権を行使したいと考える国家側に対して注意を喚起するような解釈を示したものもあり、利益否認条項や法人投資家の定義のドラフティングの再考を促すものとなっている。本稿では、P型利益否認条項とそれと関連する法人投資家の定義について主要国の実行を整理し、仲裁判断を分析することにより、日本の協定及びドラフティングに与えるインプリケーションを検討する。

---

<sup>1</sup> それらは、投資母国の投資家が第三国の投資家によって所有され、又は支配されている場合であって、①投資受入国が当該第三国と外交関係を有していない場合、及び②当該第三国に対する措置であって、当該企業との取引を禁止するもの又は当該企業若しくはその投資財産に対してこの協定による利益を与えることにより当該措置に違反し、若しくは当該措置を阻害することになるものを投資受入国が採用又は維持する場合、である。

<sup>2</sup> Dominique D'Allaire, "The Nationality Rules under the Energy Charter Treaty: Practical Considerations", *The Journal of World Investment and Trade* Vol. 10 Num 1, 2009, pp. 39-68, 54-55.

## I. 法人投資家の定義と利益否認条項

法人投資家の定義と利益否認条項は密接な関係を有する。さまざまな投資協定中の法人投資家の定義は、投資協定の保護対象となる投資家に対して、国とどの程度の結びつきが必要であるかという点において違いがある。一般に、一方の締約国の法人投資家というためには、①一方の締約国内で設立されること、②一方の締約国で主要な事業を営んでいること、③支配の主体が締約国内にあること、の一つ又は複数の組み合わせがとられる。

②と比較した場合の①のメリットは、判断の容易さ、外見的明確さである。一方で、①の場合は第三国投資家が一方の締約国内に設立したペーパーカンパニーをも保護対象とすることになり、「締約国間の」投資を促進するという一般的な投資協定の目的とはそぐわないとの見方もある。その観点から、利益否認条項を設けることには一定の意味があるともいえる。

一方で、②の要件はペーパーカンパニーを利益の対象となる投資家の定義から排除する。したがって、P型の利益否認条項を設ける必要性はない。

## II. 日本及び諸外国の投資協定中の規定

### 1. 日本

日本の締結した投資協定中の利益否認条項には様々なものがあるが<sup>3</sup>、法人投資家の定義と利益否認条項の有無および利益否認を行う際の要件の違いに応じて次のように類型化できる。なお、同条項がある場合に否認できる利益の範囲は、BIT（二国間投資協定）では「この協定による」（全ての）利益であり、EPA（経済連携協定）では、投資章の（全ての）利益である。

#### < 1-1. 法人投資家の定義は設立プラスαの要件を定め、P型利益否認を置かないもの >

法人投資家の定義において、設立のみを要件とせず追加の要件を定め、P型の利益否認条項を置かない場合がある。伝統的な投資保護協定の全てと自由化規定を盛り込んだEPAのうち少数である。それらは次のような2つの類型に分けられる。

- ①法人投資家の定義として、a)一方の締約国内で設立され、かつ、b)当該一方の締約国内に住所を有する (having their seat) ことと規定し、P型の利益否認条項を置かない類型がある。この「住所を有する」とは、「主たる事務所を有する」ことと解さ

<sup>3</sup> 利益否認条項は、投資協定の前身ともいえる通商航海条約においても存在した。たとえば、日本国とアメリカ合衆国との間の友好通商航海条約第21条は、条約の適用例外となる措置として、「第三国の国民がその所有又は管理について直接又は間接に支配的利益を有する会社に対してこの条約に定める利益（法律上の地位を認めること並びに裁判所の裁判を受け、及び行政機関に対して申立をする権利を除く。）を拒否する権利」を挙げる。

れている<sup>4</sup>。この類型に属するのは、伝統的な投資保護協定（エジプト、スリランカ、中国、トルコ、香港、バングラディッシュ、ロシア、モンゴル、パキスタンとのBIT）である。

「住所を有する」こととSBAがあることが完全に同一の概念といえるかどうかは明らかでなく、本稿では類似の要件と解する。その観点から類似の規定ぶりといえるのが、設立に加え、加盟国内に管理部門が存在するかSBAがあることを要求する日・フィリッパスEPA（88条(e)）、及び設立に加え、SBAを要求する日・スイスEPAがある。

②法人投資家の定義において、a)締約国で設立されること、と定め、b)第三国の者により所有され又は支配されている企業であって当該他方の締約国の領域内において実質的な業務に属していないものを除くものがある。日・シンポジウムEPA（72条(h)）がこれに該当する。

#### < 1 - 2. 法人投資家の定義は設立のみを要件とし、P型利益否認を置くもの >

法人投資家の定義は、締約国で設立されることのみ規定し、P型の利益否認条項をおく場合がある。全て2000年以降の投資保護・自由化協定である。これらは、利益否認の要件別に4つに分けられる。

	第三国の投資家によって所有又は支配されており、かつ、SBAを行っていないことを要件とする	<u>利益否認を行おうとする国が、相手国投資家が第三国の投資家によって所有又は支配されており、SBAを行っていないと認める(establish)ことを要件とするもの</u>
事前の通報及び協議要件あり*	カンボジア（26条2）、ラオス（26条2）、ウズベキスタン（24条2）、ペルー（27条2）とのBIT。 メキシコ（70条2）、マレーシア（91条2）、チリ（86条2）とのEPA	ブルネイ（70条2）、インドネシア（72条2）とのEPA
同上要件なし	韓国（22条2(b)）、ベトナム（22条2）とのBIT	日・タイEPA（112条2）

\*このうち、チリとのEPAは、「事前の通報及び協議」の相手先が相手国と明示するが、その他のものは明示していない。

## 2. 投資に関する多数国間条約および他国の投資協定等の規定

以上に示された日本の投資協定上の類型化を念頭に、投資に関する多数国間条約や他国の投資協定（モデル投資協定を含む。）の特徴を簡単に以下に述べる。

<sup>4</sup> 国内法における「主たる事務所を有する」との表現は、法人税法2条の内国法人の定義としての「本店又は主たる事務所を有する法人」および、外国為替及び外国貿易法第26条2号の外国投資家の定義「外国法令に基づいて設立された法人その他の団体又は外国に主たる事務所を有する法人その他の団体」にも見られる。

### < 2-1. エネルギー憲章条約(ECT: Energy Charter Treaty) >

法人投資家の要件は、加盟国で設立されることである。また、利益否認条項を有する。P型利益否認は、その他の利益否認の種類と異なり、要件該当性を立証すべき者は明示されていない。

#### Article XVII Denial of benefit

Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to:

- (1) a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organized;
- (2) ...

### < 2-2. 多数国間投資協定(MAI: Multilateral Agreement on Investment) 草案 >

法人投資家の要件は、加盟国で設立されることである。また、P型の利益否認条項を有する。利益否認を行おうとする投資家の国に対する通報及び協議要件があり、要件該当性を立証すべき者は明示されていない。

### < 2-3. 米国(NAFTA、2004 モデル BIT) >

法人投資家の定義は、加盟国で設立され、そこで事業活動を行っている(carrying out business activities)ことである。また、利益否認条項を有し、P型利益否認は、利益否認を行おうとする投資家の国に対する通報及び協議要件がある。要件該当性を立証すべき者は明示されていない。

#### NAFTA

##### Article 1113: Denial of Benefits

2. Subject to prior notification and consultation in accordance with Articles 1803 (Notification and Provision of Information) and 2006 (Consultations), a Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of another Party that is an enterprise of such Party and to investments of such investors if investors of a non-Party own or control the enterprise and the enterprise has no substantial business activities in the territory of the Party under whose law it is constituted or organized.

### < 2-4. オランダ(2004 model BIT, ブルガリアおよびボリビアとの BIT) >

国民("nationals")の定義として、(i) 締約国の国民、(ii) 締約国で設立された法人、(iii) 締約国内で設立されていないが、(i)又は(ii)によって直接又は間接に支配されている法人<sup>5</sup>と定め、(iii)の要件がある点で、日本の投資家の定義よりも広い。また、利益否認条項は無い。

<sup>5</sup> これは、「I.」に挙げた③の要件である。

#### < 2-5. ドイツ(1998年モデル BIT。エチオピアおよびタイとの BIT)>

法人投資家の定義は、締約国内に”seat”を有することと定める。この意味は一般に、経営の中心を締約国内に有することと理解されており<sup>6</sup>、ペーパーカンパニーは除外されている。また、利益否認条項はない。

#### < 2-6. オーストリア>

法人投資家の定義及び利益否認条項に関しては、ほぼ同時期に締結された BIT についても様々である。まず、利益否認条項が無いもののうち、フィリピンとの BIT は、investor の定義として、(i) 締約国の国民、(ii) 締約国内で設立された法人、(iii) 第三国で設立されたが、(i) 又は(ii) の投資家によって支配されること、つまり、当該投資家が具体的には、最低 51% の株式を有していること又は取締役会の構成に決定的な支配を有していることによって示されるよう、経営や運営に決定的な影響を行使する能力を有すること、とする。また、インドとの BIT も法人投資家の定義が若干異なるがほぼ同様。

P 型利益否認条項があるものについても、法人投資家の定義で設立のみを要件とするもの(リビアとの BIT) と設立プラス seat を要求するもの(レバノンとの BIT) がある。

#### < 2-7. スイス(2001 年以降に署名された 13 の BIT)>

利益否認条項は無いが、法人投資家の定義が加盟国で設立されたことを要件とするもの(インド、フィリピン、レバノン、カタール、リビアとの BIT) と、設立に加え SBA を要求するもの(ナイジェリア、ジブチ、ヨルダンとの BIT) がある。かつ、それぞれの場合について、締約国で設立されていないが、締約国民によって実質的に支配されている法人を法人投資家の定義に含めるものがある。

### III. 関係仲裁判断

「II.」に示したように、利益否認条項を有さない投資協定も多く、利益否認条項の適用が問題となった仲裁はそれほど多くない。以下では、比較的詳細な議論が行われた仲裁判断を取り上げる。

#### 1. Petrobart v. Kyrgyz<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Joachim Karl, “The Promotion and Protection of German Foreign Investment Abroad,” *ICSID Review*, Vol. 11, Num 1. 1996, p. 8. および Vandeveld, *Scope and Definition*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999, pp. 38-39.

<sup>7</sup> *Petrobart Limited, v. The Kyrgyz Republic*, SCC Arbitration No. 126/2003, Award, March 29, 2005.

## 【概要】

ジブラルタル法人である申立人は、キルギスタンの政府系企業 KGM とガスの供給契約を締結した。しかし、支払が受けられなかったことから ECT に基づいて仲裁を付託した。キルギスタン政府は、申立人がジブラルタルにおいて SBA を行っていない等として 17 条の適用を主張した。申立人は、17 条の抗弁の提起が、仲裁手続き開始後になされた手続合意に反すること及び 17 条の要件に該当しないことを主張した。

## 【仲裁廷の判断】 (p63)

- ・手続合意違反との主張について：違反であることを理由に、キルギスタンの主張を退けることはしない。
- ・要件該当性について：申立人の提供した情報によると、①申立人が、イギリス企業である Pemed によって経営されており、同社が申立人の戦略的、事務的案を処理している。従って、申立人は締約国内で SBA を行っている。申立人の従業員二人のうち片方は、セルビア人であるが、もう片方はイギリス国籍を有する。これらの情報に鑑みれば、17 条の要件が存在するとはいえない。

## 2. Plama v. Bulgaria 管轄権判断<sup>8</sup> および本案判断<sup>9</sup>

### 【概要】

キプロス法人である申立人は、ブルガリアの元国営石油精製企業である Nova Plama の株式を 1998 年に取得した。2002 年 12 月、申立人は、政府の作為不作為により、会社の運営に重大な支障を来したとして、ECT およびブルガリア・キプロス BIT に基づき仲裁を付託した。2003 年 2 月、ブルガリアは ICSID 事務局に対して 17 条に基づく利益否認を行う旨を通知し、2004 年 2 月に仲裁廷が組織された。管轄権段階及び本案の両方で、ブルガリアが ECT 17 条に基づく利益否認権を行使できるかが問題となった。

### 【仲裁廷の判断（管轄権段階）】

- ・ 否認される利益の範囲：文言解釈としても、また ECT の目的を勘案しても、Part III の利益に限られ、手続的救済である投資家対国家の仲裁手続 (Part V, 26 条) には及ばない。
- ・ 利益否認の要件：( i ) 第三国の投資家によって所有又は支配されていることと ( ii ) その企業が設立された締約国内で SBA を行っていないことの両方が満たされなければならない。(143)
- ・ 仲裁廷による審査：26 条は、投資家のための手続的救済であり、(17 条によって否認されうる) Part III の実体的な利益とは別である。仲裁廷が 17 条の主張の妥当性を判断

<sup>8</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, Feb 8, 2005.

<sup>9</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, Aug. 27, 2008.

せず国家自身の判断に拠るならば、投資家は ECT によってカバーされていないも同然である。国家の利益否認が妥当であるか否かは仲裁廷によって審査される。(paras. 146-150)

- ・ 利益否認をするための手続的要件：仮に、ブルガリアの主張どおり、権利を行使するにあたり、なんら行動が必要ないのであれば、利益が”shall be denied”と定める ASEAN Framework Agreement のような書き方もできたはず。(156)
- ・ 国家による利益否認の権利行使は、投資家およびそのアドバイザーが合理的に入手できるよう、公報等の通知と結びついている必要がある。官報における正式の宣言や国内投資法上の規定や特定の投資家又は投資家グループへの通知といった方法がある。投資家は、様々な実行を有する国家を区別しなければならないのだから、17条は、投資家に対して適用する前に行使すべきであり、・・・権利を行使することについての合理的な通知が必要。(157)
- ・ 本件においては、申立人に対してその権利を行使しなくてはならない。ブルガリアが権利行使したのは、申立人が投資をしてから4年以上も経っている。(158)
- ・ 利益否認の効果は、事後効か遡及効か：17条の文言からは（時制に着目）、権利行使の効果は事後効と読めるがそれだけでは判断しない。対象となる投資家は、Part II の利益を共有しており、国家が17条の権利を行使するまで、その利益について正統な期待を有している。従って、合理的な事前の通知が必要。一旦投資をすると、投資家の選択肢は限られる。ECT の目的は、「長期間の」協力等にあるが、遡及効と解した場合は、投資家は長期間の計画はできない。結論として、事後効と解釈すべき。(159-165)
- ・ SBA 要件：申立人は、SBA をキプロスで行っていないことを認めており、SBA が無かったと認定。
- ・ 第三国の国民による“owns or controls”要件：所有又は支配の片方が満たされていればよい。所有は、直接的所有や受益的な所有も含む。支配は、「経営、運営や取締役等の選定に実質的な影響力を行使することができる能力を含む実際の支配」を指す(170)。本件においては、フランス国民でありつづけている Mr. Vautrin が、1998 年以来、自己による Plama の所有及び支配を証言した(173)。しかし、申立人の最終的な所有又は支配 (ultimate ownership and control) については、矛盾する証拠や他の論点もあるので、後の段階で判断する (178)。

#### 【仲裁廷の判断（本案）】

- ・ 立証責任：申立人が第三国の投資家によって所有又は支配されているかどうかを証明する責任は、申立人にある。(82)
- ・ (Plama の支配構造は多層構造だったが、関係者の証言、書類等から) フランス国民である Vautrin 氏が Plama を所有および支配していたと結論し、17条の適用を否定(84-95)

### 3. AMTO v. Ukraine<sup>10</sup>

#### 【概要】

ラトビア企業である申立人は、ウクライナの EYUM 10 (非公開株式会社) の株式を取得した。申立人は、EYUM 10 が有する国営会社 Energoatom に対する契約上の債権の執行がウクライナ政府により妨害されたこと等が ECT に違反すると主張して仲裁を付託した。ウクライナ政府は ECT 17 条に基づく利益否認権の行使を主張した。

#### 【仲裁判断】

- ・ 利益否認行使と管轄権 : 17 条の利益否認の権利行使によって、仲裁廷の管轄権がなくなることはない(60)。
- ・ 利益否認条項の趣旨 : 17 条と 1 条(7)の投資家の定義を合わせて読むと、ECT のもとでは 2 種類の投資家がいる。①ECT 上の保護の権利を変更され得ない投資家および②変更されうる投資家である。後者は、設立によって国籍要件を満たしているが、潜在的に容認できない態様で、第三国投資家によって所有又は支配されている。ECT の目的である長期間の協力を促進することに鑑みれば、受入国にとって、「投資ビークルにとって経済的実質を持たない便宜的な国籍を提供する国や通常的外交又は経済的関係を有しない国」との協力等は実現しにくいといえる。(61)
- ・ 要件について : 第三国民による所有又は支配および SBA が無いという要件の両方が、国家が否認の権利を行使する前に満たされていなければならない (62)
- ・ 立証責任 : 17 条(2)に比べて(1)は、立証責任の分配が明確ではない。国際仲裁における立証責任は、主張を行う方にあるという原則に従えば、申立人が投資家の定義を満たすことを証明するべきである。しかし、国家が、申立人は、「変更しうる」権利しか有しないことを主張する場合には、その立証責任は国家側にシフトする。国家が投資家の所有又は支配を立証することは困難であることもあるが、証拠に対する相対的な入手可能性は通常立証責任分配のルールを変更するほどでもない。もし、他の方法で必要な文書が入手できないのであれば、被申立人が開示を求めることができるように、(申立人は) 証拠を開示する義務がある。又は、合意された規則に従って、仲裁廷が必要な説明を要求することもできる。両方の場合において、申立人が要求された文書や情報を提供できない場合は、不利益に推定が働く。・・・(65)
- ・ 所有又は支配 : 結論として、ロシア人が AMTO を支配していると結論。(66-67)
- ・ SBA について : 申立人は、①法律事務所による報告書、②課税証明、③家主による申立人に対する貸与の証言と④銀行取引明細書を提示した。①は、投資活動を示す契約書や株式証明等に言及するが、現物は提出されていない。②は、一定期間の所得税、

<sup>10</sup> Limited Liability Company AMTO v. Ukraine, SCC Arbitration No. 080/2005, Final Award, March 26, 2008.



社会保障支払い等。申立人は2人のフルタイムの職員を雇用しており、義務的社会保障経費も支払っていた。④には、取引総額が記載されているが、日々の取引については明らかでない。

- ・ ECT および解釈の参考となるであろう Final Act of the European Energy Charter Conference は、「実質的」の定義をしていない。17条(1)の目的は、便宜的に国籍を取得した投資家を保護の対象から除外することである。従って、”substantial”は、largeではなく、of substance のことである。申立人は、ラトビアの事務所で投資に関連した活動を行っており、少数ではあるが、常勤職員の雇用をしていた。従って SBA があつたと認める。

#### 4. Generation Ukraine v. Ukraine<sup>11</sup>

##### 【概要】

米国法人である申立人は、ウクライナ政府の強い誘いをうけてウクライナに投資し、プロジェクトの許可を取得したが、地方政府の妨害により6年たってもプロジェクトは実現できず、収用にあたるとして仲裁を提起した。

##### 【米国・ウクライナ BIT 利益否認条項】

Article I (2) Each Party reserves the right to deny to any company the advantages of this Treaty if nationals of any third country control such company and, in the case of a company of the other Party, that company has no substantial business activities in the territory of the other Party or is controlled by nationals of a third country with which the denying Party does not maintain normal economic relations.

##### 【仲裁判断】 (paras. 15.2-15.9)

- ・ 利益否認の条文からは、第三国国民による所有又は支配要件と、相手国において SBA を行っていないことの両方が満たされる必要があるかについて明確でないが、米国の Letter of Submittal<sup>12</sup> によれば、第三国国民が支配しており、SBAが行われていない場合に利益否認ができるとの解釈がとられている。文言からも or でなく and が使われていることはこの結論を支持する。また、ウクライナからは異なる論拠が示されていない。
- ・ 「第三国支配」およびその他の条件が満たされていることを証明するのは、「否認する権利」を行使する国家側である。
- ・ 申立人は、米国人によって100%所有されており、明らかに支配されている。ウクライナの提示した証拠は、これを覆すのに十分でない。

<sup>11</sup> *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, Sep. 16, 2003.

<sup>12</sup> 条約を上院に提出する際に、条約の規定の内容等を説明するものとして添付される文書。

## 5. 検討

以上に述べた仲裁判断からは、大前提として、国家による利益否認権の行使が妥当か否かについて、国家側に判断権があるとはせず、仲裁廷が審査を行っていることが明らかである。また、利益否認条項に関し、(i)規定の趣旨・目的、(ii-1)所有又は支配要件、(ii-2)SBA要件、(iii)否認権行使の効果、(iv)否認権の行使にあたって要件の有無又はその内容、(v)立証責任といった論点があることがわかる<sup>13</sup>。しかし、いずれの判断も国家による利益否認権を否定しており、否定する際に議論したポイントも異なることから、利益否認法理について何らかの一般化をすることも極めて難しい。したがって、以下では仲裁廷が詳細な議論を行った論点に絞って、ECT判断を中心にその意義を検討することとしたい。

(ii-2)SBAについては、AMTO判断のみが比較的詳細な議論を行い、資金の出入りに見られる投資活動の存在と、2人の常勤従業員がいたことに着目してSBAがあると判断した。この着眼点は続く仲裁判断においても参照されうる。また、公表されている仲裁判断の本文のみから判断する限り、経営上の意思決定がなされているというほどの実質性が要求されていたとは解しがたいが、必要とされる「実質的な」の程度について検討するためには、今後の仲裁判断を待つ必要がある。

(iii)利益否認権行使の効果に関するPlama判断は、(i)及び(iv)の論点にも関わるとともに、ECT上の利益否認権を行使したいと考える国家に対して注意を促すものである。すなわち、Plama判断は、利益否認権の行使の効果を事後効と解した。この背景には、(1)P型利益否認の対象となる投資家も、他の投資家と同様にECT上の利益を受ける正統な期待を有する、(2)ECT 17条の条文は、投資協定上の利益の対象をどのような投資家に与えるかについて様々な方針を有する多様な加盟国の判断を許容する観点から書かれているものであり((i)の論点)<sup>14</sup>、17条1項が存在するだけでは、多様な国に投資を行う投資家は、当該国の方針を知ることができないので、国家が利益否認権を行使するか否か、投資家にわかるようにしておくことが必要((iv)の論点)、という考えがある。他の2つの判断は、否認権の行使の効果について明示には述べていない。たとえばAMTO判断はPlamaの(1)とは異なる判断を示すが、それが効果について異なる解釈となるかどうかは不明である。すなわち、AMTO判断は投資家の定義に該当するとしても、利益否認要件に該当する場合には、その権利は「変更されうる」権利とする。利益否認要件に該当する投資家の

<sup>13</sup> ECT上のこれらの論点に言及する文献として次のものがある。D'Allaire, *supra* note 2, H. Essig, "Balancing Investors' Interests and State Sovereignty: The ICSID-Decision on Jurisdiction Plama Consortium Ltd. V. Republic of Bulgaria," *Transnational Dispute Management*, 4(5), 2007. Emmanuel Gaillard, "Investments and Investors Covered by the Energy Charter Treaty", in Clarisse Ribeiro ed, *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, JurisNet, LLC, 2006, pp. 54-74. Stephen Jagusch and Anthony Sinclair, "Denial of advantages under Article 17(1)", in Graham Coop and Clarisse Ribeiro eds, *Investment Protection and the Energy Charter Treaty*, JurisNet, LLC, 2008, pp. 17-45. Lawrence Shore, "Case Comment: The Jurisdictional Problem in Energy Charter Treaty Problems" *International Arbitration Law Review*, 10(3), 58-64. A.C. Sinclair, "Investment Protection for "Mailbox Companies" under the 1994 Energy Charter Treaty," *Transnational Dispute Management* 2(5), 2005.

<sup>14</sup> *Plama Decision on Jurisdiction*, para 155, *supra* note 8.

期待は、他の投資家とは異なると解するならば、遡及効を認めることも理論的には可能であろうが、AMTO判断のこの点についての理解は明確でない。

Plama判断の(2)の理解に対しては、投資家の所有または支配の状況は常に変わりうることや複数階層の所有構造があること、外国においてSBAが「ない」ことを立証することが現実的には極めて難しく、仲裁手続きに入ってから国家側に明らかにされる情報も多いことから、国家が個別の投資家に対して適宜通告するのは不可能との批判がなされうる。また、国家が投資家と直接に契約を締結したという事実関係も、本件における投資家の期待を重視する理由となったというように、判示を限定的にとらえることも可能である。一方で、Plama判断は個別の投資家に対する通告までを要求してはならず、より具体的な措置をとるべきことを要求しているにすぎないため、自国の投資法において17条の規定するような利益否認を行うことを明示しておけばよいとの理解も可能である<sup>15</sup>。

(v)立証責任については、立証について書きぶりの異なるECT 17条の(1)と(2)の違いに着目せず、概ね国家側に立証責任があるとする。しかし実際には申立人に必要な情報の提供を求めており、仲裁廷は柔軟な対応をしているといえる。また、立証について明示しない利益否認条項に関するGeneration Ukraine事件においても、国家に立証責任があるとする点は同様である。

以上の議論は、他の投資協定の利益否認条項を検討する上でも一定程度参考となるが、ECT及びその利益否認条項の特徴を念頭におく必要がある。それはまず、ECTがエネルギー分野のみを対象とする多数国間条約であるという点である。たとえば、17条があるだけでは、利益否認を行使することについての投資家に対する通知としては不十分であるとするPlama判断の理由の一つはECTが多数国間条約であることにも関連する。次に、利益否認の条文の違いである。つまり、否認される利益の範囲はPart IIIの利益に限定されている。投資家対国家の紛争解決手続きはPart Vに定められており、否認される利益の範囲に含まれていない。一方、多くの二国間投資協定の利益否認条項は、協定上の「全ての」利益を否認することとされている。その場合には、仲裁手続きにおける利益否認権の行使の抗弁は、その効果を事後効と解した場合であっても、投資家による仲裁手続きの利用を国家によって否認されうる利益と解する限り、仲裁廷は管轄権又は受理可能性を否定すると考えられる。

#### IV. 日本の投資協定へのインプリケーション

上記の利益否認条項に関する他国の実行や仲裁判断を踏まえ、日本の投資協定に与えるインプリケーションを検討する。

---

<sup>15</sup> Lawrence Shore, *supra* note 13.

二国間又は複数国間の経済関係において投資の方向が双方向であれば、投資協定の締結にあたり、国家は（１）自国の投資・投資家の保護や利益を確保するという要請に加えて、（２）必要に応じて自国が負う投資協定上の義務に一定の限定を付する要請も考慮するだろう。その観点からは、日本が近年の投資協定の多くで採用している、法人投資家の定義において設立主義をとり、利益否認条項を設けるという方針は、（１）の観点から、相手国から日本における事業活動の有無等を問題とされることなく、投資協定上の利益を与えられることを確保するとともに、（２）の観点から、相手国との結びつきの薄い投資家に対して場合によっては、利益否認権を行使するとすることによって、両方の要請をバランスしていると見ることができる。そして事前の通報及び協議要件は、一義的には（１）の観点から、相手国が不当に権限行使をしないよう手続的規制を設けていると解される。

しかし、本稿で検討した仲裁判断から共通して伺えるのは、国家が所有又は支配要件やSBA要件を立証することは極めて難しいということである。これに鑑みると、通報及び協議は、（２）の立場からも有用であり、問題となっている投資家に関する情報を得る機会としても機能しうる。

Plama判断は、利益否認権の効果を事後効とし、少なくともECTについては国家の利益否認権の行使の態様に影響を与えうる判断である。日本の協定の利益否認条項も、ECTと同様、効果については文言上明確ではない。先に述べたように、AMTO判断はPlama判断とは異なり、利益否認条項に該当する投資家の権利は「変更されうる」とする。そのような利益否認条項の理解にたつ場合であっても、自由化義務を有する協定の場合は、自由化の恩典を受けて投資を行った投資家はその恩典を無効とされるような効果を有するのは、投資家の地位を著しく不安定にするものであることが考慮され、仲裁廷によって否認の効果が事後効と解される可能性もある。

以上の議論は、利益否認条項の効果を遡及効又は事後効と明記すべきか、仲裁手続において抗弁として機能することのみを確保することで足りるとするかといった論点を提起する。相手国との間でどのような投資が相互に行われうるかという点に加え、（１）と（２）の要請のバランス、実際に利益否認権がどのタイミングで行使されると想定するか（投資活動中か、紛争発生後か）、否定されうる利益が保護か自由化かを検討する必要があるだろう。

## おわりに

本稿は、利益否認条項のうち、P型の利益否認を対象とし各国の実行および仲裁判断からドラフティング上のインプリケーションを検討することを目的とした。本稿の検討は、P型以外の利益否認（外交関係に基づくもの、措置の実効性確保のためのもの）においても一定程度有用である。政策的には、異なる要請に基づき利益を否認することができるにしてもかかわらず、同様の手続的要件であることがよいかどうか等についても検討する余地があるだろう。