

VI 二国間投資協定に基づく仲裁管轄

－ 時間管轄および ICSID 条約脱退の法的効果について －

(岩月 委員)

I. はじめに

二国間投資協定 (BIT) に基づく投資仲裁は、他の仲裁手続と同様に当事者の合意にその管轄権の基礎を有し、仲裁廷が取り上げ、違法および責任を認定しうる対象の範囲 (仲裁管轄の範囲) は仲裁合意によって画される。この仲裁管轄については、請求人がBITにより保護の対象とされる投資家であるか、問題とされる被請求人 (投資受入国) の行為により侵害された経済的利益がBITにより保護される投資に含まれるものであるのかなど、人的管轄あるいは事項管轄をめぐる争われることが多い¹。

もっとも、仲裁管轄をめぐる問題はこうした人的および事項管轄に限られない。これらと併せて非常に良く争われる問題として、仲裁廷が有する事項管轄の時間的範囲の問題、すなわち時間管轄の問題がある。仲裁に付託された紛争がBITの発効以前の事実関係に関係している場合、投資受入国はそうしたBIT発効以前の問題については仲裁管轄が及ばないとし、管轄権を否認する抗弁を提起する²。

一見したところ、こうした抗弁を提起することの実際的意義は、乏しいように思われる。というのも、時間管轄がいずれの範囲に及ぶとしても、請求人がその請求をBIT違反に基礎づけている限り、投資受入国による違反とその責任はBITの発効後の行為についてにしか問えないためである。これは条約法条約第 28 条が定める時際法 (inter-temporal law) の適用に従った、当然の帰結である。締約国が別段の意思を有しない限り、その発効期日以降に生じた事実についてしか適用されず、それ以前の行為について投資受入国はBIT違反に基づく責任を問われることはない³。既に多くの仲裁判断が指摘しているように、時間管轄の問題と条約の遡及適用の問題とは別個の問題であるわけであるが⁴、BIT発効以前の事実関係について責任を問われることを避ける上では、投資受入国としては時間管轄を争

¹ 投資仲裁を基礎づける同意、およびそれに基づく仲裁管轄の概要については、次を参照。Ch. Schreuer, “Consent to Arbitration,” in P. Muchlinski, F. Ortino, Ch. Schreuer eds., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, pp. 831-867; D.A. Williams, “Jurisdiction and Admissibility,” *ibid.*, pp. 868-931; 拙稿「国際投資仲裁における管轄権に対する抗弁とその処理」*RIETI Discussion Paper Series 08-J-012* (2008) 1-36 頁 (available at < <http://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/08j012.pdf> >)。

² 時間管轄につき、一般的には、次を参照。S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre états et ressortissants d'autres Etats*, 2004, pp.234-239; Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, 2009 (forthcoming), Chapter 8.

³ 国連国際法委員会国家責任条文第 13 条。See J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Comments*, 2002, pp. 131-134.

⁴ E.g. Victor Pey Casado et Fondation «Presidente Allende» contre République du Chili, sentence arbitrale (8 mai 2008), affaire CIRDI n° ARB/98/2, paras. 423, 466; Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction (April 22, 2005), para. 309; SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, Decision on the Tribunal on Objections to Jurisdiction (January 29, 2004), ICSID Case No. ARB/02/6; paras. 166-167.

うまでもなく、単に時際法の原則に基づく条約の遡及適用を否定するだけで十分であるわけである。

それにもかかわらず、時間管轄が時に激しく争われるのは、おそらく次の二つの事情によるものと思われる。

まず、投資受入国としては BIT の仲裁付託規定の文言がどのようなものであれ、あくまで BIT の発効期日以前と以降とは明確に区別されるべきであり、あくまで関係する事実関係が全て BIT の発効後に生じたものに限りその違反や責任が問われることを受け入れたに過ぎないという認識が強いように思われる。BIT の発効以前に端を発する投資家との紛争については、たとえそれが BIT の発効期日の前後にまたがって存在するとしても、それについてまで BIT に基づく投資仲裁によって救済すべき対象となるものとは認めていない（仲裁に対する同意の射程外）というわけである。そのため、BIT の遡及適用の問題とは別に、その発効期日以前の事実関係に端を発する紛争をめぐる請求である点において、仲裁廷はそもそも管轄権を有しないことを明確に宣言することを投資受入国は求めているものと思われる。

他方、こうした投資受入国の認識あるいは意識にもかかわらず、BIT の実際の規定上は、必ずしもそうした認識が条約締約国の共通の意思であることを示すものがなく、その文言上は解釈の余地を広く残したものとなっている。実際に時間管轄が争われた事案において適用されたものをはじめ、多くの BIT では、「投資に関するいかなる紛争」も仲裁に付託しうるとだけ定められており（包括型あるいは一般的紛争処理条項⁵⁾ ⁶⁾、このような場合には、たとえ紛争の発端が BIT の発効以前であったとしてもそのことをもって管轄権を否定するという結論は当然には導かれない。加えて、こうした規定ぶりからすれば、付託しうる紛争は必ずしも BIT 違反に基づく請求をめぐるものだけではなく、投資契約さらには慣習国際法に基づく請求も、当然には排除されていない⁷⁾。

こうした事情から、投資仲裁における時間管轄については、① BIT の発効期日以前の実事関係に関わる事案についても管轄権を及ぼしうるのか、また②それ以前の実事関係についても違反を問いうるのかということが、援用される BIT の解釈問題として争われることとなっている。

ところで、BIT に基づく仲裁管轄に関して近年特に注目を浴びている問題として、投資

⁵⁾ BIT に規定される様々な紛争処理規定を付託事項の規定ぶりに着目して整理したものとして、次を参照。拙稿「前掲論文」前注（1）37-47 頁（補論：投資保護条約における条約仲裁条項の類型）。

⁶⁾ 例えば、日本＝香港 BIT（1997 年）第 9 条 2 項（強調は筆者）。

2. Any dispute between an investor of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an investment of the former in the area of the latter, which has not been settled amicably, may, after a period of six months from written notification of the claim by either of the parties to the dispute, be submitted to such procedures for settlement as may be agreed between the parties to the dispute. If no such procedures have been agreed within that six months period, the dispute shall at the request of the investor concerned be submitted to arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law as then in force. The parties to the dispute may agree in writing to modify those Rules.

⁷⁾ こうした包括的な紛争処理規定に基づく投資契約の違反をめぐる紛争の仲裁付託可能性については、次を参照。濱本正太郎「投資保護条約に基づく仲裁手続における投資契約違反の扱い」RIETI Discussion Paper Series 08-J-014 (2008) 28-37 頁。慣習国際法違反に基づく紛争の仲裁付託の可能性については、2.（3）で論じる。

受入国がICSID条約（国家と他の国家の国民との間の投資紛争に関する条約）から脱退した場合にBITに規定されたICSID（投資紛争解決国際センター）仲裁への付託規定がどのような影響を被ることになるのかという問題がある⁸。ICSID条約は脱退規定を有しているため（第71条）、こうした問題は理論的問題としては以前から存在したのであるが、実際にボリビアが2007年5月にICSID条約からの脱退通告を行ったことから、それ以前に締結されたBITに関わらず、投資家はボリビアを相手としてICSID仲裁を提起することが不可能となるのか否かがきわめて実質的な問題として問われることとなった。

ボリビアの締結するBITはその多くがICSIDに加え、UNCITRAL（国際連合国際商取引法委員会）など他の仲裁手続に従った国際仲裁手続を定めていることからすれば、こと投資家による国際仲裁手続の利用可能性という点では本脱退措置についてあまりに悲観する必要はないとも言える（ただし、仲裁判断の執行という点についてはICSID仲裁の場合にはICSID条約上の義務として投資受入国はその国内において仲裁判断を執行する義務が生じるのに対し、UNCITRAL仲裁の場合には外国仲裁判断の執行と同様に扱われることになる）。ただしICSID仲裁のみを予定している場合もあり、またその他の国がこうした脱退措置につづく可能性もあることからすれば、ICSID条約からの脱退後に、BITに規定されたICSID仲裁への付託規定が有する法的効果あるいはそれが脱退により被る法的影響について検討しておくことは、なお実質的な意義を有する。

投資仲裁の管轄権に関する以上のような問題状況をふまえ、本稿では時間管轄とICSID条約からの脱退の法的効果を特に取り上げ、BITの関連規定およびそれらの適用に関する仲裁判断例を検討し、BITの起草において留意すべき考慮事項を示すこととしたい。

II. BITに基づく投資仲裁の時間管轄

1. BITの発効期日と時間管轄の始期

今日見られる投資仲裁の基礎となる仲裁合意は一般に、投資受入国がBITにおいて仲裁手続への付託に事前かつ一般的な同意を示し、それに対して投資家が仲裁付託という形式で自らの同意を示すことで形成される。そのため時間管轄は仲裁合意の成立以前に当然に遡る。

このような形で形成される仲裁合意の時間的射程は、それでは、どこまで遡るのだろうか。投資受入国による仲裁付託への同意はBITが発効した時点で有効に示されたことになることから、当該同意を不可欠の構成要素とする仲裁合意に基づく管轄権はBITの発効期日以降にのみ及ぶと考えられるかもしれない。しかし、仲裁合意＝仲裁管轄の成

⁸ See J. Fouret, “Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: “Manufacturing Consent” to ICSID Arbitration,” *Journal of International Arbitration*, Vol. 25 (2008), pp. 71-87; E. Gaillard, “The Denunciation of the ICSID Convention,” *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, Issue 5, September 2007 (reprinted from *New York Law Journal*, Tuesday, June 26, 2007); S. Manciaux, “La Bolivie se retire du CIRDI,” *Transnational Dispute Management*, Vol.4, Issue 5, September 2007.

立と当該管轄権の時間的射程の問題は別個の問題であり、当然にBIT中に示された仲裁付託への同意の時間的射程はBITの発効後に限られると解することは適当ではない。この点、Tradex v. Albania事件では、そのような推定を働かせることを求めたアルバニアの主張を、仲裁廷は端的に否定し、あくまでBITの規定ぶりに着目して仲裁同意の時間的射程を解釈する態度を示した⁹。具体的には、本件において援用されたギリシャ＝アルバニアBITが、例えば収用については“shall not be expropriated”とし、また紛争処理に関しても“dispute shall be submitted”として“shall”を用いた規定ぶり¹⁰となっていることに着目し、こうした規定ぶりに鑑みればBITではその発効期日以降に生じた紛争にのみ管轄権を認めていることが明らかであるとした¹¹。他方で、管轄権の基礎として別途援用されていたアルバニアの国内法は“if dispute arises ..., the foreign investor may submit the dispute to ICSID”と規定していたことから¹²、これは紛争の発生時を問わずに仲裁付託を可能とするものと解し、管轄権を肯定する判断を下している（請求の基礎は改正前の旧国内法）¹³。

2. BIT 発効期日以前における行為についての違法・責任認定の可能性

(1) BIT の遡及適用の可否

既述のように、BIT はその発効後にのみ締約国を拘束するものであり、それ以前に発生した事実関係については適用がない。しかし、締約国が別段の意思を BIT において示している場合には、その限りではない。

こうした例外的な遡及効を認める規定としてしばしば投資家により援用される規定として、BIT の発効以前になされた投資に対する保護を定めた規定がある。代表的な例として、以下を挙げることができる（下線は筆者）。

① 日本＝スリランカ投資保護協定第9条

The present Agreement shall also apply to investments and returns of nationals and

⁹ Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/94/2, Decision on Jurisdiction (December 24, 1996), pp. 194.

¹⁰ ギリシャ＝アルバニア BIT（1991年）第10条4項。

4. In case both Contracting Parties have become members of the Convention of 18 March 1965 on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of the Other States, disputes between either Contracting Party and the investor of the other Contracting Party under the first paragraph of this Article shall be submitted for settlement by conciliation or arbitration to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes.

¹¹ Op.cit., supra note 9, pp. 179-180.

¹² アルバニア投資保護法（1993年）第8条2項。

2. If a foreign investment dispute arises between a foreign investor and the Republic of Albania and it cannot be settled amicably, then the foreign investor may choose to submit the dispute for resolution to a competent court or administrative tribunal of the Republic of Albania in accordance with its laws. In addition, if the dispute arises out of or relates to expropriation, compensation for expropriation, or discrimination and also for the transfers in accordance with Article 7, then the foreign investor may submit the dispute for resolution and the Republic of Albania hereby consents to the submission thereof, to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“Centre”) established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States, done at Washington, March 18, 1965 (“ICSID Convention”).

¹³ Op.cit., supra note 9, pp. 185-192.

companies of either Contracting Party acquired within the territory of the other Contracting Party in accordance with the applicable laws and regulations of such other Contracting Party prior to the entering into force of the present Agreement.

② イタリア＝パキスタン投資保護協定第1条1項

The term "investment" irrespective of the legal form adopted or the legal system having jurisdiction, shall be construed to mean any kind of property invested after 1st September 1954 by a natural or legal person being a national of one Contracting Party in the territory of the other, in conformity with the laws and regulations of the latter.

③ エクアドル＝米国投資保護協定第12条1項

This Treaty shall enter into force thirty days after the date of exchange of instruments of ratification. It shall remain in force for a period of ten years and shall continue in force unless terminated in accordance with paragraph 2 of this Article. It shall apply to investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter.

①はBITの発効前になされた投資についてもBITの保護が及ぶとするもの、②はBITの発効以前の投資について保護の対象となるものを時期的に限定するもの、そして③は単にBITの発効以前になされただけでなく、BITの発効時点においても存在していた投資を保護することとするものである。

時間管轄の関係で投資家がこうした規定を援用するのは、これを単にBIT発効後における将来的な保護の対象を示したものとしてではなく、こうした投資についてはBITの発効以前についても遡って適用があるものとする（過去にBITに反するような措置がとられていた場合には、BIT発効後に当該措置に関する請求を仲裁に付託することを可能とする）ものと解し、そうすることで時間管轄に対する投資受入国側からの抗弁に對抗しようとするためである。

もっとも、一般に仲裁判断においてはこのような主張の妥当性は認められておらず、こうした規定は単にBIT発効後における将来的な保護をBIT発効以前になされた投資についても及ぼすことを示したものに過ぎないものと解されている¹⁴。それでは、逆に、こうした規定が設けられていない限り、BITによる保護の対象はBITの発効後になされた投資に限られるものと解されることになるのだろうか。

この点につき特に言及したものとしてChevron v. Ecuador事件¹⁵ 仲裁判断を挙げることができる。本件は上記の③として挙げたエクアドル＝米国BIT第12条1項が問題とされた事案であるが、その意味について仲裁判断は微妙な言い回しをした見解を示している。

本判断によれば、条約不遡及の原則によりBITの適用はその発効後に存在するに至った投資のみに限定されうる（might）ところ¹⁶、第12条1項はBITの発効前になされたも

¹⁴ E.g. Victor Pey Casado et Fondation «Presidente Allende» contre Republique du Chili, sentence arbitrale (8 mai 2008), affaire CIRDI n° ARB/98/2, para. 579; SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, Decision on the Tribunal on Objections to Jurisdiction (January 29, 2004), ICSID Case No. ARB/02/6, para. 166; Generation Ukraine, Inc., v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award (15 September 2003), paras. 11.1-11.3.

¹⁵ Chevron Corporation (U.S.A.) and Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) v. Republic of Ecuador, Interim Award (December 1, 2008), Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rule.

のであり、かつ発効時になお存在した投資に関する限り、条約不遡及の例外を定めたものとされる¹⁷。こうした規定が明示的にBITに挿入されている以上は、それを有意味に解釈するよう配慮したものと思われる（実効的解釈）。

しかし、BITが投資保護を目的としている以上は明示的な規定がない限り保護対象となる投資をそれがなされた時期によって区別することはむしろ不合理な結果をもたらすものであり、その点で適切な解釈とは言い難いように思われる。本判断が今後の仲裁判断例においても支持を得られるものであるかという点については、消極的に考えられよう。

ところで、BITがその発効期日以前の行為には適用されないとしても、それらは発効期日以降の行為に基づく違反や責任を判断する際に、そうした認定を行う際の事実として仲裁廷により考慮に入れられる¹⁸。

例えば、BITに基づく公正衡平待遇が従前に保障されなかったとして投資家が仲裁付託を行い、それに対して投資受入国が問題とされている行為はBITの発効以前から行われた一連の行為であり、それゆえに裁判所としては当該請求に対して管轄権を有しないとする抗弁を提起した場合、裁判所はあくまでBITの発効期日以降になされた行為が公正衡平待遇義務に反するものであるかどうかを判断する。その際、問題とされるBIT発効期日以降の行為が違法とされる程に恣意的なものであったかを判断する上では、投資受入国が投資家に対して法的に保護されるべき期待を生じさせていたのかなどを仲裁廷は判断する必要があるが¹⁹、そうした事情についてはBITの発効の前後に関わりなく考慮に入れられる。管轄権はある特定の当事者と対象事項について判断・決定を下す権限であり、それは当該判断・決定を下す際に考慮に入れられる事情・事実の範囲とは別個の問題と考えられている。

（２）投資契約²⁰

BITの発効以前に締結された投資契約について、BITの発効後にその仲裁付託条項に基づきその発効以前に生じた契約違反を投資仲裁において問うことは可能であろうか。

¹⁶ *Ibid.*, para. 187.

¹⁷ *Ibid.*, para. 188.

¹⁸ *E.g. Chevron Corporation (U.S.A.) and Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) v. Republic of Ecuador, Interim Award (December 1, 2008), Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules*, paras. 281-284; *M.C.I. Power Group M.C. And New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, Award (July 31, 2007), ICSID Case No. ARB/03/6*, paras. 62-64, 94-97; *Mondev International Limited v. United States of America, Award (October 11, 2002), ICSID Case No. ARB(AF)/99/2*, paras. 67-74.

¹⁹ 公正衡平待遇義務違反の認定に関しては、次を参照。小寺彰「公正・衡平待遇—投資家・投資財案の一般的待遇—」JCA ジャーナル 2008 年 12 月号 2-9 頁。See also Elizabeth Snodgrass, “Protecting Investors’ Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle,” *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 21 (2006), pp.1-58.

²⁰ 本項目については、瀧本の研究成果にもっぱら負っており、詳細については同氏による次の論考を参照されたい。瀧本正太郎「義務遵守条項（アンブレラ条項）」JCA ジャーナル 2009 年 1 月号 20-29 頁；同「投資保護条約に基づく仲裁手続における投資契約違反の扱い」RIETI Discussion Paper Series 08-J-014 (2008) 167-175 頁。

BIT 中の紛争処理規定が仲裁に付託しうる紛争を BIT に基づく権利義務をめぐるものに限っている場合には、投資契約をめぐる紛争を仲裁に付託しうるのは義務遵守条項（アンブレラ条項）が存在する場合に限られる。もっとも、この場合には義務遵守条項の存在により初めて投資契約違反という事実に条約義務違反という評価を与えることが可能となるため、BIT 発効後に生じた投資契約違反行為について仲裁付託が認められるに留まる。

逆に、明示的に投資契約に関する紛争／請求に対する管轄権を認めた紛争主題特定型の紛争処理規定を有する場合には、締約国の別段の意思が確認されない限り、BIT 発効以前に生じた投資契約違反について仲裁廷は管轄権を及ぼし、違反と責任を認定することが可能である。

それでは、仲裁に付託しうる紛争について特段請求の基礎を特定していない、包括型の紛争処理規定を有する場合にはどのように解されるのであろうか。

包括型の紛争処理規定については、その規定ぶり（文言）から判断する限り、投資契約違反に基づく請求に関する紛争を排除する理由を見いだすことはできず、それゆえにいくつかの仲裁例においても肯定的な判断が示されている（RFCC c. Maroc 事件管轄権判断（2001 年）²¹など）。

他方で、同様に包括型の紛争処理規定に基づく仲裁付託がなされた場合であるにもかかわらず、あくまで BIT 上の請求に関する紛争のみを付託することができるに留まるとする判断も見受けられる（SGS v. Pakistan 事件管轄権判断（2003 年）²²など）。

後者の見解はあくまで BIT 上の投資仲裁手続を BIT の実体規定と不可分のものとして捉え、BIT により設けられた権利義務の違反とそれに基づく責任を判断するための手続として捉えるものと言える。それに対して前者の見解は、投資仲裁手続と BIT の実体規定との関係をそのようなものとしては捉えず、あくまで投資仲裁手続は投資家に自らが被った損害に対する救済を獲得する機会を提供するものとして捉えるものであると言えよう。そしてこのような見解に立つ場合には、BIT の発効期日以前に投資契約違反とされる行為が行われた場合であっても、当該原因事実に基づく請求についての時間管轄を制限する趣旨が BIT の関連規定から説得的に示されない限り、広く管轄権が及ぶものとの解釈が導かれやすい。

（3）慣習国際法

包括型の紛争処理規定を有する BIT に基づく投資仲裁について慣習国際法を請求の基礎とした紛争を付託しうるかについては、従来の仲裁例においても傍論としてではあるものの若干の見解が示されており、概して否定的に考えられていた²³。

²¹ *Consortium R.F.C.C. c. Royaume du Maroc, affaire CIRDI N° ARB/00/6, decision sur la competence (16 Juillet 2001)*, para. 67.

²² *SGS Société Générale de Surveillance v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Objections to Jurisdiction (August 6, 2003)*, para. 161.

²³ *See Generation Ukraine, Inc., v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award (15 September 2003)*, para. 11.3; *Jan de*

しかし近年、裁判拒否を基礎として請求が BIT に基づく投資仲裁に提起されるようになっており、それに対して肯定的な見解を示した判断が見受けられるようになっている。

例えば、*Ioan Micula v. Romania* 事件²⁴ は、ルーマニアが外国投資の呼び込みをはかるために設けた優遇措置の撤回のうち BIT が発効する以前の措置につき、それらが慣習国際法に反するとして仲裁付託がなされた事案であるが、本件において仲裁廷は、慣習国際法に基づく請求についての受理可能性を否定するルーマニアの抗弁を退け、慣習国際法についてはそれが必要かつ適用可能なものであるならば、その違反についても判断するものとした²⁵。本仲裁判断によれば、ICSID 条約第 42 条 1 項は明示的に必要であれば国際法を適用するものとしており、とりわけ第 42 条 2 項は適用可能な規則が沈黙しているまたは不明であったり、あるいは時間的事由により適用されないと決定されたりする場合には、国際法を残余的に適用するものとしているという²⁶。ICSID 条約第 42 条 2 項は明示的には法の欠缺に基づく裁判拒否を定めるものであるが、仲裁廷はこれに時間管轄による第一次の適用法規の適用制限の場合も含めて理解し、そうした場合には慣習国際法を基礎として請求の認否を判断することが認められるとしたわけである。ただし、本件では具体的にどのような慣習国際法が適用されるのか、また実際にそれを適用法規として判断する必要があるかについては本案審理において判断するとし、判断を留保した²⁷。

また、*Chevron v. Ecuador* 事件では、石油開発に関する投資契約違反とそれに対する司法的救済の著しい遅延を根拠として請求人が慣習国際法上の裁判拒否に基づく請求を提起し、BIT が「投資契約に関して生じた紛争」を仲裁に付しうるとしていることから²⁸、そうした慣習国際法に基づく請求に対しても仲裁廷は管轄権を与えられていると主張し、仲裁廷もそれを肯定した。本件において援用されたエクアドル＝米国 BIT は三項型の紛争処理規定を有していたが、併せて義務遵守条項（アンブレラ条項）をも有しており、そのために投資契約違反から直接に生じる請求は同条項を介して BIT 違反として仲裁に付託できるとされ、そうである以上は投資契約に関する慣習国際法に基礎を有する請求の提起を可能とすることこそ、投資契約に関して生じる紛争を独立して仲裁付託可能な紛争主題であることを定めた本件 BIT の意味と解するのが適当であるとの判断である²⁹。

Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, *Decision on Jurisdiction* (16 June 2006), paras.114-116. Cf. *United Parcel Service of American Inc. and Government of Canada*, *Arbitration under NAFTA*, *Award on Jurisdiction* (22 November, 2002), paras. 71-99.

²⁴ *Ioan Micula, S.C. European Food S.A., A.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, *Decision on Jurisdiction and Admissibility* (September, 24, 2008).

²⁵ *Ibid.*, paras. 144, 148, 150-151.

²⁶ *Ibid.*, para. 151.

²⁷ *Ibid.*, paras. 151, 157.

²⁸ エクアドル＝米国 BIT（1993 年）第 6 条 1 項

For purposes of this Article, an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to (a) an investment agreement between that Party and such national or company; (b) an investment authorization granted by that Party's foreign investment authority to such national or company; or (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment.

このように、請求人が明示的に慣習国際法を基礎として請求を提起した事案においては包括型の紛争処理規定を有する BIT だけではなく、「投資契約に関する紛争」を挙げる紛争主題特定型の紛争処理規定を有する BIT に関しても、そうした請求について仲裁廷は管轄権を有することを一般論として肯定する仲裁判断が見られるようになっていく。

こうした判断が今後の事案においても踏襲されうるかは、先に投資契約に直接基づく請求に関する仲裁判断の対立について指摘したのと同様に、BIT に基づく投資仲裁の法的性質をあくまで BIT により設けられた権利に対する保障手続と見るか、それともそれ自体を投資保護の一つの態様と捉えるかによると考えられる。そしてまた、後者の見解に立つ場合には、BIT の発効期日以前に投資契約違反とされる行為が行われた場合であっても、当該原因事実に基づく請求についての時間管轄を制限する趣旨が BIT の関連規定から説得的に示されない限り、広く管轄権が及ぶものと解されうる。

3. BIT 発効期日以前の事実関係に関わる紛争／請求の扱い

(1) BIT 発効期日以前の[事態に起因する]紛争／請求の除外規定

以上に見たように、仲裁に付託された事案が BIT の発効期日以前の事実関係に関わるものである場合であっても、仲裁廷は以下のような形でそれらの事実を考慮に入れて判断を下すことが考えられる。

- ① BIT の発効期日以降に生じた行為・状態について違反を問いながらも、違反行為の意味や性質を特定する上でその発効期日以前の事実関係をも考慮に入れる
- ② 投資契約に基づく請求を付託することが可能な（それを排除していない）仲裁条項を備えた BIT の場合には、その発効期日以前に生じた行為・状態について、投資契約違反に該当するか否かを審理する
- ③ 慣習国際法に基づく請求を付託することが可能な（それを排除していない）仲裁条項を備えた BIT の場合には、その発効期日以前に生じた行為・状態について、投資契約違反に該当するか否かを審理する

こうした場合を仲裁管轄から除外すべきと考えるかはもっぱら政策的考慮に基づき決定されるべき事項であるが、もし除外すべきと考えるならば、「BIT の発効以前に生じた事態に起因する、あるいは関係する紛争／請求」については、BIT（仲裁条項）の適用がない旨を明示的に規定することが考えられる。例えば、日本＝タイ EPA（2007 年）第 106 条 15 項は、次のように定めている。

This Article [Settlement of Investment Disputes between a Party and an Investor of the Other Party] shall not apply to investment disputes:

- (a) arising out of events which occurred, or to investment disputes which had been settled, prior to the entry into force of this Agreement;
- (b) with respect to obligations under Article 97; and

²⁹ *Chevron Corporation (U.S.A.) and Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) v. Republic of Ecuador, Interim Award (December 1, 2008), Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rule*, paras. 199-200, 206, 209-210, 261, 269.

(c) with respect to measures other than those relating to the management, conduct, operation, maintenance, use, enjoyment, and sale or other disposition of investments.

しかし、管見の限りではこうした規定を有するBITはそれほど多くはなく、日本が締結しているBITおよびEPA(経済連携協定)の中でもこうした規定を有するのは上記の日本＝タイEPAに限られるようである³⁰。なお、日韓BIT(2002年)第23条4項は、BITの「効力発生前に生じた事態に起因し、又はこの協定の効力発生前に既に解決されている請求」に対する適用除外を定めている³¹。

それに対し、「BITの発効以前に生じた紛争」についてはBIT(仲裁条項)の適用がないと規定するBITはしばしば見受けられる。例えスウェーデン＝ルーマニアBIT(2002年)第9条1項は次のように定めている。

This Agreement shall apply to all investments, whether made before or after its entry into force, but shall not apply to any dispute concerning an investment which arose, or any claim concerning an investment which was settled, before its entry into force.

両者の違いは、日本＝タイEPAのような規定では、仲裁に付託された紛争・請求がBITの発効以前に生じた事実関係に起因している場合には仲裁管轄が否定されるのに対し、スウェーデン＝ルーマニアBITのような規定では、付託された紛争とそれを生ぜしめるに至った事実的経緯とが区別され、たとえ紛争の原因事実がBITの発効期日以前に生じたものである場合であっても、紛争そのものがBITの発効期日以降に生じたと認められる場合には仲裁管轄が認められるところにある。従来の仲裁判断は国際司法裁判所の定式にならい、紛争を法的主張における対立として捉え、投資家による請求に対して投資受入国がそれを拒否し、あるいは応じない態度を示した時点で生じるとする。紛争の原因となる事実関係が展開した先に紛争は結晶化するのであり、そうした紛争の淵源／源泉(source/origin)と紛争そのものとは区別されるのであり、BITにおいて単に「発効期日以前に生じた紛争」への適用が否定される場合には、もっぱら紛争の発生日を判断の基準時(critical date)として処理すべきというのが、これまでの仲裁判断の一貫した立場である³²。

この点に関する最近の仲裁判断の中で、BITにおける仲裁条項の起草という観点からも興味深い例として、*Helnan v. Egypt*事件³³がある。本件はホテルのマネジメント契約につき、エジプト側の非協力的態度による履行の困難化と、それによる契約の不当な終了措置についてBIT上の公正衡平待遇義務違反に基づき仲裁付託がなされた事案であったが、エジプトは問題とされる行為がBITの発効以前の行為・事実に関係している

³⁰ こうした制限は、国際司法裁判所規程第36条2項に基づく選択条項受諾宣言に付された留保にしばしば見受けられる。参照、杉原高嶺『国際司法裁判制度』(1996年)158-159頁。

³¹ “This Agreement shall not apply to claims arising out of events which occurred, or to claims which had been settled, prior to its entry into force.”

³² E.g. *African Holding Company of America, Inc et Société africain de construction au Congo S.A.R.L. c. La République démocratique du Congo, affaire CIRDI N° ARB/05/21, sentence sur les déclinatoires de compétence et la recevabilité* (29 juillet 2008), para. 114-122; *Victor Pey Casado et Fondation «Presidente Allende» contre République du Chili, sentence arbitrale* (8 mai 2008), *affaire CIRDI n° ARB/98/2*, paras. 434-465.

³³ *Helnan International Hotel A/S v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Award (3 July 2008).

として管轄権を否定した。本件で援用されたデンマーク＝エジプトBIT（1999年）はその第12条においてBITの発効以前に生じた紛争と対立(divergences)についてはBITの適用がない旨を定めていたが³⁴、このような規定ぶりにどのような法的意義が認められるべきかが争われた。

争点となったのは紛争と対立とを同様のものと見なすべきか、あるいは対立は紛争とは異なる別個の状態を意味するものと解すべきかであったが、仲裁廷は後者の立場に立ち、本条にいう「対立」は単に当事者間に見解の相違があることが意識された状態に留まるものと解すべきであり、そうした状況から一方当事者がそれを解決することを決意した時点で紛争へと結晶化するとした。そのため、本BITに基づく仲裁付託については、BITの発効期日後に紛争が発生した場合であっても、それに至る対立状態がBITの発効以前に端を発している場合には管轄権は認められないとした。しかし同時に仲裁廷は、BITの発効期日以前に遡る対立状態であっても、BITの発効後に新たな展開を見せることで性格を異にする場合があり、そのような場合には紛争の淵源はBITの発効後に生じた対立状態としてそれ以前とは区別されるともした³⁵。その上で、本件ではBITの発効後に当事者間で投資契約の改定が行われており、それによって全く異なった契約的状态が生じていることを指摘し、そうである以上はたとえ請求がBIT発効以前の事実関係にも関係しているとしてもそれは本件紛争の源泉(origin of the dispute)とは認められないとし、上記の後者の場合に当たるとして管轄権を肯定した³⁶。

本判断について注目されるのは、BITの文言上は対立と紛争を別に扱う理由はないようにおもわれるところ、条約文言を可能な限り有意に解するとの立場からあえて両者を区別している点である。しかし、仲裁廷も指摘しているように、紛争へと「結晶化」するためには必ずしも第三者手続に訴えることは必要ではないことからすれば、両者を明確に区別することは難しく、あえて締約国がそうした区別を望んだものとする理由もないように思われる。実効的解釈は条約の趣旨目的をよりよく実現することに向けた解釈を要請するものであり、単に規定上の個々の文言に固有の意味を見いだすことを求めるものではない³⁷。この点で、本判断の妥当性には若干の疑問はあるものの、しかし、こうした解釈の傾向は他の投資仲裁判断例にも見受けられるものであり、BITの起草に際してはこうした点についても注意を払うことが求められよう。

また、本判断は紛争とその淵源とを区別しながらも、さらに淵源の中でもその展開により元々の淵源と直近の淵源とが区別され、その結果として日本＝タイ EPA 第81条のような規定によっても BIT の発効以前に生じた事実関係に関係する紛争であっても管

³⁴ “The Provisions of this Agreement shall apply to all investments made by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party prior to or after the entry into force of the Agreement by investors of the other Contracting Party. It shall, however, not be applicable to divergences or disputes, which have arisen prior to its entry into force.”（下線は筆者。）

³⁵ *Helnan International Hotel A/S v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Award (3 July 2008), paras. 52-53.

³⁶ *Ibid.*, paras. 54-56.

³⁷ See Richard Gardner, *Treaty Interpretation*, 2008, pp. 200-201.

轄権を認められる場合があることを示した点でも注目される。もっとも、この点については本件 BIT が「対立」と規定していたところ、契約改定により当該対立には一応の決着がついたとして、その後に新たな対立が生じたと認定されたものとも解しうるため、「効力発生前の事態に起因する紛争」と規定されている場合に同様の判断が下されることには必ずしもならないとも思われる。後者のような規定ぶりであれば、本件においても改訂前の契約をめぐるやりとりも、違反を認定する上でそれを考慮に入れることが必要であるような請求がなされている限りは「効力発生前の事態」に含まれるものと解されることはあり得よう。

(2) BIT の発効期日をまたがる継続的あるいは複合的違法行為に基づく請求の扱い

投資受入国が時間管轄を争う事由として紛争の発生時と並んでしばしば援用されるのが、問題とされている行為がBITの発効以前の時点において行われたものであり、BITはその継続あるいはそれとの複合的な行為としてのみ違法性を問いうるに過ぎないとの抗弁である。いわゆる継続的違法行為とは、「継続的な性質を持つ行為による義務の違反であり、当該行為が国際義務に適合していない期間全体について違法とされるもの」をいう³⁸。また、複合的違法行為とは、「その全体において違法とされる一連の作為あるいは不作為であり、違法行為を構成するに十分な行為が為されたときに義務違反を生じる」ものをいう³⁹。投資受入国によれば、問題とされる行為が継続的あるいは複合的な行為である以上、その全体について違法性を問うためには仲裁廷はBITの発効以前の時点の行為についても管轄を及ぼして判断せざるを得ず、そうした行為に関する請求は時間管轄から外れるというわけである。

こうした抗弁については、しかし、これまでの仲裁判断例においては端的に退けられるか、あるいは本案に併合する形で処理されている。

例えば、契約上の金銭債務の支払い不履行につき、包括型の仲裁条項を有するBITにおける義務遵守条項を基礎に仲裁付託がなされたSGS v. Philippines事件⁴⁰では、協定発効時点において継続的である違反行為に対して協定上の仲裁手続規定は適用があり、契約に基づく金銭の未払いが継続的違反の一例であることは明らかであると指摘した上で、本件において義務違反を生じさせたものとされる債務の不履行は協定発効後に行われたものであることから、時間管轄については何らの問題もないと判断された⁴¹。

本仲裁判断が示しているように、たとえBITの発効前においては協定上の義務違反を

³⁸ 国連国際法委員会国家責任条文第 14 条 2 項。See Crawford, *op.cit.*, *supra* note 3, pp. 135-140; J. Pauwelyn, “The Concept of A ‘Continuing Violation’ of an International Obligation: Selected Problems,” *British Year Book of International Law*, Vol. 66 (1996), pp. 415-450; G. Distefano, “Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité,” *Annuaire française de droit international*, tome 52 (2006), pp. 1-54; .

³⁹ 国連国際法委員会国家責任条文草案第 15 条。See Crawford, *op.cit.*, *supra* note 38, pp. 141-144; J.A. Salmon, “Le fait étatique complexe: une notion contestable,” *Annuaire français de droit international*, tome 28 (1982), pp. 709-738.

⁴⁰ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, Decision on the Tribunal on Objections to Jurisdiction (January 29, 2004)*, ICSID Case No. ARB/02/6.

⁴¹ *Ibid.*, paras. 165-168.

問うことはそもそもできないとしても、BIT発効後に生じた事実により違反が認定できるのであれば、時間管轄を認めることに問題はない。また、BIT発効前に生じた行為についてBITに照らして違法性を評価することはできないとしても⁴²、仲裁廷はそれをBIT発効後に生じた行為が為された事情や文脈を理解するための背景的な事実として考慮に入れることには、問題はない⁴³。

また、係争行為がBITの発効期日をまたがる継続的あるいは複合的な性質を有するのである点が争点とされる場合に、仲裁廷が当該争点を本案に併合して審理することがあるのは、問題とされる「継続性」あるいは「複合性」が単に行為それ自体の有する性質のみによって確認されるものではなく、違反が問われている義務の内容および当該義務に密接に関連するためである。とりわけ投資受入国による様々な阻害行為の積み重ねによる投資活動の阻害が問題とされる複合的違法行為については、申し立てられた事実およびBITの規定に基づき、BITの発効後の行為をもって違反を問うるかが「一応において (*prima facie*)」判断できる場合を除けば⁴⁴、本案手続においてBIT規定に基づき投資受入国がどのような措置を執ること（あるいは執らないこと）が求められていたのか、BIT発効後の行為のみでも十分に違法性を認定できるのかを十分に審理した上でなければ、投資家による請求について仲裁廷が管轄権を有するかを十分に判断することはできない。例えば、*Victor Pey Cassado et Fondation «President Allende» v. Chili*事件⁴⁵は、1970年代における軍事クーデターの後にチリ政府により行われた会社の解散と資産の収用につき1995年以降に国内裁判所による救済を求めたものの差別的な扱いにより救済が拒否されたことにつき仲裁付託がなされた事案であるが、本件では管轄権に対する抗弁を本案に併合した上での結論として、1970年代になされた収用については即時的行為であり協定違反を問えないと認定した⁴⁶。しかし他方で、財産権の回復と賠償を求めた国内裁判における司法的救済に関する不当な扱いについては、公正衡平待遇義務に反する複合的違法行為あるいは裁判拒否を構成しうるとし、それらは全て協定発効後の行為により認定できるものとの判断を下した⁴⁷。

⁴² BIT以外の投資契約あるいは慣習国際法に基づく請求に関するBITの発効以前の行為に対する管轄権行使の可能性については、前述の通り。参照、2.(2)および(3)。

⁴³ See *supra* note 18. See also *Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. v. Republic of Peru*, ICSID Case No.ARB/03/28, *Decision on Jurisdiction* (February 1, 2006), para. 150.

⁴⁴ 投資家による請求が事実および法に十分に基づくものであるかは本案審理により認定されるものであるため、管轄権審理の段階ではBITの解釈や事実関係の確認など、実体的な判断に過度に踏み込むことは避けなければならない。しかし他方で、投資家による濫訴による投資受入国の国内政策の実施に対する阻害を防ぐという観点からは、投資家により付託された紛争（請求）がBITに基づく仲裁の管轄に属するものであるかを適切に審査することが求められる。こうした要請の調整点として近年の仲裁判断例においては、「投資家の主張が見たところ合理的に論じられうるものであるか否かを評価し、その結果が肯定されるものであるならば管轄権が認められる」という「表見性 (*prima facie*) の基準」が用いられるようになっている。See E. Savarese, “Investment Treaties and the Investor’s Right to Arbitration between Broadening and Limiting ICSID Jurisdiction,” *Journal of World Trade Investment & Trade*, vol. 7 (2006), pp. 413-415; 拙稿「前掲論文」前注(1) 15-19頁。

⁴⁵ *Victor Pey Casado et Fondation «Presidente Allende» contre Republique du Chili, sentence arbitrale* (8 mai 2008), *affaire CIRDI n° ARB/98/2*.

⁴⁶ *Ibid.*, paras. 600-612.

⁴⁷ *Ibid.*, paras. 613-626.

Ⅲ. ICSID 条約脱退後における BIT 上の ICSID 仲裁規定の効果

1. ボリビアによる ICSID 条約からの脱退とそれが提起した問題

ICSID 条約は脱退規定を有し、同条約の寄託先（世界銀行）において脱退通告が受領された後、6 ヶ月を経過した時点で脱退の効力が発効する（ICSID 条約第 71 条）。ボリビアは本条に従い、2007 年 5 月 1 日に脱退通告を行い、同年 11 月 3 日に ICSID 条約加盟国としての地位を失った。これによりボリビアは、ICSID 条約を引き続き履行する義務を免除される一方、条約の終了前に同条約の実施によって生じていた当事国の権利、義務および法的状態については尊重することが求められる（ウィーン条約法条約第 70 条 1 項）。

他方で、ICSID 条約は同時に、脱退によっても通告が受領される以前になされた ICSID の管轄権に対する同意から生ずる権利義務を害するものではないと定めている（第 72 条）。この規定により、投資受入国が脱退通告を行う以前に投資家が仲裁付託をした場合に成立する仲裁管轄を当該脱退通告をもって否定できないことは明らかであり、ボリビアの場合についても同国による脱退通告が世界銀行により受領された 2007 年 5 月 2 日より前に為された仲裁付託をボリビアは拒否することはできない。では、脱退通告を行った後、当該通告が正式に発行するまでの六ヶ月間の間に投資家が BIT に基づき ICSID へ仲裁紛争を行った場合、管轄権を基礎づける当事者の合意が成立したものとして、仲裁管轄は認められるのだろうか。実際、Euro Telecom International v. Bolivia 事件⁴⁸ はボリビアによる脱退通告の 5 ヶ月後に ICSID へ仲裁付託が為されたために、仲裁管轄の有無を争点とした審理が現在係属中である⁴⁹。

この点については、ICSID 条約第 72 条をいかに解するか、また BIT に示された投資受入国による ICSID への仲裁付託に対する同意とそれが生じる法的効果をいかに解するか（ICSID 条約第 25 条と各 BIT の仲裁付託規定との関係）かが問題となる。

2. ICSID 条約第 72 条における「管轄権に対する同意から生ずる権利義務」の射程

ICSID 条約第 72 条は、次のように規定している（強調は筆者）。

Notice by a Contracting State pursuant to Articles 70 or 71 shall not affect the rights or obligations under this Convention of that State or of any of its constituent subdivisions or agencies or of any national of that State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them before such notice was received by the depositary.

⁴⁸ E.T.I. Euro Telecom International v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/07/28.

⁴⁹ 本件継続中の 2007 年 11 月 3 日にボリビアによる脱退通告は効力を発生させたが、管轄権の判断の基準時は紛争付託時であり、その時点で有効に管轄権が成立していることが認められれば、当該時点の後に管轄権に対する同意が撤回された場合でも、管轄権には何ら影響が及ばない。See *Nottebohm Case (Preliminary Objection,)* Judgment of November 18th, 1953, ICJ Reports 1953, pp. 120-123.

このように、本条は投資受入国が脱退通告の受領以前にその同意を示していることを条件としているものの、権利義務がいつの時点で生じたものであるかについては明確には特定していないため、どの時点において発生した権利義務までが同条による保護の対象に含まれるものと解すべきかについて学説上の種々の見解が示されている。概要、以下の三様の見解に区別することができよう。

第一に、本条により保護される権利義務であるかを判断する際の基準時を脱退通告の受領時に認め、それ以前に生じた権利義務のみが保護されるとする見解である⁵⁰。この見解に従えば、脱退通告が受領された後に投資家がBITに基づきICSIDへ仲裁付託を行ったとしても、ICSID仲裁に関する権利義務は脱退通告受領後に生じたものであるため、仲裁廷は管轄権を有しないということになる。

第二に、本条により保護される権利義務であるかを判断する際の基準時を脱退通告の発効時に認め、脱退通告が受領されたのち六ヶ月を経過するまでに生じた権利義務までは保護されるとする見解である⁵¹。この見解に従えば、脱退通告が受領された後であってもそれから六ヶ月の間に投資家がBITに基づきICSIDへ仲裁付託を行うか、あるいは自らも投資受入国との間で生じうる投資に関する紛争をICSID仲裁へ付託することにつき事前の同意を表明すれば、投資受入国が実際に脱退した後もICSIDの仲裁管轄は認められることになる。

第三に、本条により保護される権利義務は、あくまで脱退通告が受領される以前に投資受入国によって為されたICSIDの管轄に対する同意から生じていけばよく、そのようなものであればいつの時点で生じた権利義務であるかは問題とされないとする見解である⁵²。この見解に従えば、ICSID条約からの脱退通告が為される前に締結されたBITで受入国がICSIDへの仲裁付託に対する同意を示している限り、当該同意自体は脱退通告によっても何らの影響を受けず、そのため脱退通告後であっても（また、それが実際に発効し、脱退が有効となった後であっても）当該同意が撤回されない限り（BITがなお有効な条約として存在する限り）、投資家はいつでもICSIDへ仲裁付託することが可能であることになる。

第一と第二の見解は、BITにより示される投資受入国のICSIDの仲裁管轄に対する同意はあくまで仲裁の提案（offer）であるに留まり、それは投資家が事前にあるいは仲裁付託という形で当該提案を受領する（acceptance）ことで自らもICSIDの仲裁管轄に対する同意を表明して初めて有効な管轄権（仲裁合意）の成立を認めることができるとする、一般的な見解に依拠している⁵³。ICSID条約第25条は、「両当事者がセンターへの付託に

⁵⁰ Ch. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2001, p. 1286.

⁵¹ S. Manciaux, “La Bolivie se retire du CIRDI,” *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, Issue 5 (September 2007).

⁵² こうした見解を積極的に支持するものでは必ずしもないが、それをあり得る一つの解釈として示すものとして、A. Escobar, “Bolivia Exposes ‘Critical Date’ Ambiguity,” *Global Arbitration Review*, Vol. 2, Issue 3 (2007).

⁵³ See Ch. Schreuer, *op.cit.*, *supra* note 1; P. Bernardini, “Investment Arbitration under the ICSID Convention and BITs,” G. Aksen et al. ed., *Global Reflection on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, 2005, pp. 93-98; M. Somarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, 2000, pp. 208-222.

同意している」場合に付託された紛争について管轄権が認められることとしており、単に一方当事者が同意しているだけでは、管轄権の十分な基礎とは認められない。

それに対して第三の見解は、BITにおけるICSID仲裁への同意は、それ自体がICSIDの仲裁管轄権に関する権利義務を生じさせる基礎となるとする。BITにおいてICSID仲裁の管轄権を無条件に受け入れるような事前の同意を示している場合には、投資受入国は投資家に対してICSIDへの仲裁付託を（投資家との関係では）一方的に約束したのであり、それは第 72 条により保護される権利義務をそれ自体として生じさせるものとするわけである⁵⁴。

この同意の性質という点については、第三の見解が認められる余地は理論的にはあるにしても、しかしやはりBITにおいて示される仲裁条項に関するこれまでの仲裁判断例の理解とは距離がある⁵⁵。また、BITにおけるICSID仲裁への付託条項の規定ぶりは様々ではあるものの、いずれもそれのみによってICSIDへの仲裁付託に関する権利義務を生じさせるものと解することは難しい。例えば、ボリビアの締結したBITを例に取れば、以下のような規定ぶりとなっている。

① 可能な仲裁手続として ICSID 仲裁を単に挙げるもの

（例）韓国＝ボリビア投資保護協定第 12 条 2 項（1996 年）

If such disputes [= all kinds of disputes, with respect to investment] cannot be settled in accordance with the provision of paragraph 1) of this Article within six months from the date of request for settlement, the disputes shall be submitted to:

- (a) the competent court of justice of the Contracting Party for decision, or,
- (b) the International Center for the Settlement of Investment Disputes established by the Washington Convention of 18 March 1965 on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states in the event that the Republic of Bolivia becomes a party to this Convention. Until that moment the dispute shall be submitted to conciliation or arbitration procedures to be mutually agreed upon on the basis of the Washington Convention.

② BIT の締約国が共に ICSID 条約加盟国となることを条件として ICSID 仲裁への付託できるものとするもの

学説の中には、BIT の締結により ICSID 仲裁への付託に必要な「両紛争当事者の同意」が与えられたものとし、BIT を単に投資受入国の側の「提案」としてのみ解することを批判する見解も見られる。C. Santulli, *Droit du contentieux international*, 2005, pp.115-117. ICSID 条約により投資家の本国は彼らのために仲裁合意を締結する権限が認められているのであり、BIT はそれ自体が既に自国投資家と投資受入国との仲裁合意を形成するとの理解である。このような理解は条約仲裁を、国際混合仲裁や人権保護条約による個人申立手続など条約により設けられた個人の直接的な救済手続に類するものとし、そうした手続を設ける上では国家間の合意のみで足りることを強調する。しかし、条約仲裁手続があくまで当事者間の合意を基本とする国際商事仲裁手続を原型としていることからすれば、国際混合仲裁や人権保護条約上の個人救済手続とを同視することについては、疑問が残る。また、ICSID 条約の文言上も、同意の主体については「締約国 (Contracting State)」ではなく「両当事者 (the parties)」の同意を必要としている。このような点で、BIT をそれ自体が仲裁合意をなしていると見ることは難しい。J. Fouret, “Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: “Manufacturing Consent” to ICSID Arbitration?,” *Journal of International Arbitration*, vol.24 (2007), pp.80-87.

⁵⁴ E. Gaillard, “The Denunciation of the ICSID Convention,” *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, Issue 5 (2007).

⁵⁵ See *Lanco v. Argentine Republic*, ARB/97/6, *Decision on Jurisdiction* (8 December 1998), para.43; *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, ARB/93/1, *Award* (21 February 1997), para.5.23.

(例) オランダ＝ボリビア投資保護協定第 9 条 6 項 (1992 年)

If both Contracting Parties have acceded to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States of 18 March 1965, any disputes that may arise from investment between one of the Contracting Parties and a national of the other Contracting Party shall, in accordance with the provisions of that Convention, be submitted for conciliation or arbitration to the international Centre for Settlement of Investment Disputes.

③ ICSID 仲裁を可能な仲裁手続として予定するが、BIT の締約国が共に ICSID 条約の加盟国となるまでは Additional Facility を利用することとするもの

(例) 米国＝ボリビア投資保護協定第 9 条 3 項 (1998 年)

Provided that the national or company concerned has not submitted the dispute for resolution under paragraph 2 (a) [court or administrative tribunals of the Party to the dispute] or (b) [previously agreed dispute-settlement procedure], and that three months have elapsed from the date on which the dispute arose, the national or company concerned may submit the dispute for settlement by binding arbitration:

- (i) to the Centre, if the Centre is available;
- (ii) to the Additional Facility of the Centre, if the Center is not available; or
- (iii) in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules; or
- (iv) if agreed by both parties to the dispute, to any other arbitration institution or in accordance with any other arbitration rules.

第三の見解については BIT による投資受入国の ICSID の仲裁管轄権に対する同意の性質の理解という点で妥当なものとは認められないであろう。

次に、第一の見解と第二の見解は、第 72 条の文言につき、「脱退通告が受託者により受領される前に (before such notice was received by the depositary)」という文言の係り方における理解の相違が、両者の結論の相違を導いているように思われる。第一の見解は当該文言を「本条約に基づく権利義務 (the rights or obligations under this Convention)」に (も) かかるものとした解釈であるのに対し、第二の見解は「投資受入国、その国内行政機関あるいは国民のうちの一つが示した同意 (consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them)」のみにかかるものとした解釈であると言える。この条文規定の文言における解釈の相違については、英文を見る限りでは前者の理解も排除しえないようにも思われるが、しかし英語と並んで正文されているフランス語では第 72 条は以下のように規定されており、これを見る限り第一のような解釈を妥当なものとするのは難しい (下線は筆者)⁵⁶。

フランス語正文

Aucune notification par un Etat contractant en vertu des articles 70 et 71 ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit Etat, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le depositaire.

⁵⁶ ICSID 条約は英仏文の他にスペイン語も正文とされているが、スペイン語正文の表現は英語正文に近い。

Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario.

また、ICSIDの管轄を定めた第 25 条 1 項が「両当事者の同意」（＝仲裁合意）を問題としているのに対し（センターの管轄権は両当事者が同意した法的紛争に及ぶ）、第 72 条は「投資受入国、その国内行政機関あるいは国民のうちの一つが示した同意（consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them）」としており、保護すべき権利義務を脱退通告が為された時点において「両当事者による同意」があったものに限られてはいない。この点につき第一の見解は、両条項のこうした相違を重視せず、第 72 条においても当然にそれが予定する権利義務を「両当事者の同意」によって構成された仲裁合意から生じるものに限っている点でも妥当性を欠くものと思われる⁵⁷。第 72 条は脱退通告が受領された時点で一方の当事者である投資受入国により「同意」が為されていれば、それはICSID条約の有効期間の間は有効な管轄権の基礎となることを排除していないと解するのが適当である。

このように、文言解釈という観点からは第二の見解が妥当なものと思われる。もっとも、第 72 条がなくとも、条約法の原則に基づき条約からの脱退が正式に認められるまでは当事国はなお条約上の義務に拘束され、ICSID条約に関しても投資家はBITに基づいて仲裁付託を行うことは可能である⁵⁸。しかし、このことをもって第 72 条を別意に解し、脱退通告が為された後におけるICSIDの管轄にかかわる投資受入国の義務を制約することが意図されたものと解するのは適当ではなく、第 72 条については確認規定としての意義を有するものと見るべきであろう。

3. ICSID 仲裁に対する同意の他の仲裁手続に対する同意への読替えの可能性

今日締結されている多くの BIT において ICSID への仲裁付託が予定されているが、こうした BIT の ICSID 仲裁付託条項は、投資受入国が ICSID 条約からの脱退通告を行い、それが実際に効力を発効した後は、法的に無意味なものになってしまうのだろうか。それとも BIT 中の一条項として何らかの義務を生じさせるのだろうか。

この点につき、先の 2. で見たように、学説の中には ICSID 仲裁への同意が無条件に示されているような場合には、それ自体で投資家への ICSID 仲裁に対する一方的約束を為し、仲裁付託に関する権利を生じさせるとするものも見られるが、しかしそれを妥当なものとするのはできない。

それでは、ICSID 仲裁に対する同意を他の仲裁手続に対する同意に読み替えることは可能であろうか。BIT により ICSID 以外に他の仲裁手続への付託も予定されている場合にはそもそもこうした必要性はないが、ICSID 仲裁のみが BIT において予定されている場合には、こうした可能性を論じる実際的な意味が生じる。

⁵⁷ Schreuer, *op.cit.*, *supra* note 50, p. 1286.

⁵⁸ ウィーン条約法条約第 70 条 1 項は、次のように定める。
「条約に別段の定めがある場合及び当事国が別段の合意をする場合を除くほか、条約又はこの条約に基づく条約の終了により、

(a) 当事国は、条約を引き続き履行する義務を免除される。
(b) 条約の終了前に条約の実施によって生じていた当事国の権利、義務及び法的状態は、影響を受けない。」

この点については、先にも論じたように、BITにおいて投資仲裁手続の利用可能性を投資家に認めたことの意味をどのように考えるかによって、見解は異なりえよう。BITを投資家に対して条約上保証された保護あるいは待遇と考えるならば、文言においてはICSID仲裁が予定されている場合であっても、他の仲裁手続、例えばICSID Additional Facilityにより当該保証・保護を提供すべき義務が投資受入国にあると判断されることもあるかもしれない⁵⁹。それに対して投資仲裁をあくまでBITの解釈適用をめぐる紛争処理手続の一つ（国家間処理手続きの代替）として捉えるならば、その文言に反してまで他の仲裁手続への付託を認めるという判断の余地はないであろう。

4. おわりに

結論に代えて、以上の検討をふまえ、BITの起草に際しての考慮事項を箇条書き的にまとめれば、下記の通りとなろう。

（１）時間管轄について

- ① BIT 発効以前の事実関係に基づく紛争について投資受入国が被告となる可能性を排除したいのであれば、日＝タイ EPA（2007 年）のような規定ぶりが適当であろう。そうした可能性を制限しつつ、投資仲裁により自国投資家が保護される機会を確保したいのであれば、スウェーデン＝ルーマニア BIT（2002 年）のような Pre-BIT 紛争除外条項が適当と思われる。
- ② 包括型の仲裁条項は慣習国際法に基づく請求などについても管轄権が認められ、場合によってはそれに基づき BIT 発効以前の事実関係についても違反を問われる可能性がある。当該可能性に BIT の締約国として積極的な意味合いを見いだすか、消極的な意味合いを見いだすかは政策的考慮により決定されるべきであるが、自国が被告となる場合を想定し、この点につき仲裁廷による判断のブレを抑制したいと考えるならば、請求原因特定型か、あるいは紛争主題特定型の仲裁条項にするのが適当であろう。

（２）投資受入国による ICSID 条約からの脱退後の国際投資仲裁手続の保証について

- ボリビアが締結する BIT においても利用可能な国際仲裁手続として ICSID のみを予定しているものは少なく、UNCTRAL や ICC（国際商業会議所）を併せてあげる場合が多いため、同国による ICSID 条約からの脱退が仲裁手続による救済の機会を奪うという問題が生じる可能性はそれほど大きくはない。この例からもわかるように、投資家の保護を図るという観点からは、BIT の締結に際しては複数の仲裁手続の利用可能性を確保しておくのが適当である。

⁵⁹ ICSID 仲裁への同意を ICSID Additional Facility による仲裁への同意に読み替えることについては、両手続きの性質上の相違から否定的な見解も示されている。Manciaux, *op.cit.*, *supra* note 51.