

V 投資仲裁における上訴メカニズム

(玉田 委員)

I. はじめに

近年、特に2002年以降、国際投資仲裁において上訴（appeal）機関あるいは上訴制度を設けるべきであるという声が、実務レベルと研究レベルの双方において見られるようになっている。その要因は、第1に、国際投資仲裁の事件数の急増に伴い、互いに矛盾する仲裁判断が見られるようになったことである。すなわち、上訴手続を創設することにより、仲裁判断の矛盾や非一貫性を回避し、判断の一貫性と統一性（さらには将来的な予見可能性）を確保することが国際投資法の発展に資すると考えられているのである。

ところが、現時点において、上訴設置案は一部の国（特に米国）が推進しているに止まり、その他の多数の国家や学説の広い支持を得ている訳ではない。むしろ、上訴を巡る議論の中で、上訴制度の創設が実際的に困難である、あるいは上訴制度がもたらすデメリットの方が大きいことが明らかになりつつあると言うべきである。そこで、本稿では、上訴手続の創設案の根拠と目的を明らかにした上で、当該創設案が抱える問題点と今後の展望について検討することにしよう。

II. 仲裁判断に対する不服申立

国際投資仲裁の判断に対する異議申立てに関しては、ICSIDの仲裁判断の場合と非ICSIDの仲裁判断の場合で大きく法制度が異なる。以下、順に見ておこう。

まず、ICSID仲裁手続を利用した場合、一度出された仲裁判断に対する不服申立は、制度上厳格に制限されている。第1に、ICSID条約（ワシントン条約）は「上訴」を禁止しており、同53条が次のように規定している。(1)「仲裁判断は、両当事者を拘束し、この条約に規定しないいかなる上訴その他の救済手段も、許されない。各当事者は、執行がこの条約の関係規定に従って停止された場合を除き、仲裁判断の条項に服さなければならぬ。」(2)「この節の規定の適用上、『仲裁判断』には、第50条、第51条又は第52条の規定に基づく仲裁判断の解釈、再審又は取消しの決定が含まれるものとする」。このように、ICSID仲裁手続では「上訴」が禁じられているが、仲裁判断の解釈（50条）、再審（51条）、取消（52条）という3つの不服申立てが認められている。なお、国際司法裁判所（ICJ）においても上訴は禁止されているが（ICJ規程59条）、不服申立手続として判決の解釈（60条）と再審（61条）が認められている。従って、ICSIDとICJでは、解釈と再審の手続では共通しているが、前者には取消が認められている点が特徴である¹。第2に、ICSID仲裁

¹ ICJやICSIDにおいて上訴が禁止されているのは、国際裁判（国家間裁判）の伝統に由来するものと考えられる。国家間「仲裁」では、伝統的に一審終結が原則とされ、上訴が禁止されていたためである。

判断は国家（仲裁当事国）の確定判決とみなされるため、自動的に仲裁判断の承認・執行が当該国に義務付けられることになる（ICSID 条約 54 条 1 項参照）²。同時に、上記のように ICSID 条約 53 条 1 項（上訴等の救済手段の禁止）により、ICSID 仲裁判断は国内司法機関の審査（上訴）にも服さない。このように、ICSID の仲裁手続は自己完結的な制度になっており、仲裁判断が制度外の上訴や仲裁当事国の裁判所における審査に服さないようになっている。

これに対して、非 ICSID 仲裁の場合は、仲裁判断を国内裁判所において審査する手続が設けられている。例えば、UNCITRAL モデル法 34 条 2 項は、仲裁地の国内裁判所による取消し（set aside）の手続を規定しており、取消事由として以下の 6 つが挙げている（後掲の条文参照）。①仲裁合意の無効、②当事者への通知の欠如、③申立てを越える事項が仲裁判断に含まれていること、④仲裁の構成又は仲裁手続の不規則性、⑤紛争主題が仲裁可能でないこと、⑥国内公序の違反。なお、取消における審査事由には「法の誤り」（errors of law）は含まれていないため、当該手続は仲裁判断の「上訴」とは区別される（同様に、事実の適用も審査対象とはなっていない）。また、NAFTA 11 章に基づく投資仲裁の場合も、仲裁判断が国内裁判所による司法審査に服する。実際に国内裁判所による審査が行われた事案として、Metalclad 事件（対メキシコ）、Feldman 事件（対メキシコ）、S.D.Myers 事件（対カナダ）の 3 つがある。

以上から、投資仲裁の判断に対する異議申立てに関して次の点を指摘することができる。第 1 に、ICSID 仲裁の場合、不服申立手続は ICSID 内部に限定されており（解釈、再審、取消の 3 つ）、上訴は認められていない。また、仲裁判断は、仲裁当事国の国内裁判所による事後的な審査に服することもない。従って、ICSID 手続は自己完結的なシステムということができる。すなわち、投資紛争の解決を国内司法システム（特に投資受入国の裁判所）から切り離し、別個独立の手続を創設するという ICSID 条約の趣旨がこの点に表れていると言えよう。第 2 に、非 ICSID 仲裁の場合、仲裁判断は国内司法システム（仲裁地の法廷）による司法審査に服する。この場合、仲裁地によって審査基準が異なり得るため、仲裁判断の最終的帰結において一貫性や統一性が損なわれる危険がある。さらに、国内司法審査に付されるため、仲裁判断の最終的な帰結が明らかになるまでに時間がかかる。（後述のように）米国が仲裁判断の一貫性を要請するようになったのは、このように国内裁判所による審査の可能性があるためであり³、この問題を解決するための方策として考案されたのが上訴手続の創設であった。

² ICSID 条約 54 条 1 項は、ICSID 仲裁判断の承認・執行について次のように規定している。「各締約国は、この条約に従って行われた仲裁判断を拘束力があるものとして承認し、また、その仲裁判断を自国の裁判所の確定判決とみなしてその仲裁判断によって課される金銭上の義務をその領域において執行するものとする。[…]」。

³ David A. Gantz, “The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement”, *Am.U.Int'l L.Rev.*, vol.19 (2004), p.763.

III. 基本概念

国際投資仲裁における上訴制度の可能性を議論するに際して、まず検討しておくべき点は、「仲裁」と「上訴」の基本的性質である。伝統的に、「仲裁」(arbitration) と「上訴」(appeal) は抵触する、あるいは相容れない概念であるとみなされてきた⁴からである。では、なぜ仲裁と上訴は抵触するのであろうか。以下ではまず両概念の基本的な捉え方を検討しよう。

1. 仲裁と上訴

国内法上、紛争解決手続は裁判手続と ADR (代替的紛争解決手続 : Alternative Dispute Settlement) に分類されており、国際商事仲裁は裁判類似のものとして捉えられている。その根拠は、仲裁判断の拘束力と執行可能性である。すなわち、ADR は当事者の紛争を終局的に解決する制度ではないが (法的拘束力を有する判断が想定されていない)、これに対して、裁判上の確定判決と仲裁判断は当事者に対して法的拘束力を有しており、当事者の一方が任意に履行しない場合には、相手方当事者が裁判所に執行を求めることができる⁵。このように、紛争解決における終局性という点で裁判 (＝仲裁) と ADR は区別されている。

では、裁判手続と仲裁手続は如何なる点で異なるのであろうか。この点に関して、裁判制度ではなく仲裁手続が選ばれる点 (仲裁のメリット) を挙げることによって相違点をみてみよう。第 1 に仲裁の中立性である。相手当事者の国籍国裁判所における裁判手続を利用する場合、当該当事者に有利な判決が下される恐れがあるため、外見上の中立性を保持するために仲裁が選ばれる。仲裁の特徴は、仲裁人を当事者が決定し得る点にある。第 2 に専門性である。裁判官の専任と異なり、仲裁の場合は仲裁人を当事者が選任することができるため、特定の紛争事案・紛争類型に精通した専門家を選定することが可能となる。仲裁人の専門知識が事案のスムーズな処理をもたらすと考えられている。第 3 に手続の柔軟性である。裁判手続と異なり、仲裁の場合は諸手続 (仲裁人の選定手続、使用言語、手続期間等) を当事者間で自由に決定することが可能である。第 4 に非公開性である。裁判が原則公開であるのに対して、仲裁では非公開が原則である。第 5 に手続のコストが低い点である。通常、裁判が多審制であるのに対して、仲裁は一審制であり、裁判に比べて紛争解決までの時間的・費用的コストは軽減されている。

以上のように、仲裁手続のメリットは、手続が簡便で低コストである点に見出される。従って、仲裁制度の中に上訴手続を導入しようとするのは、コストを増大させると同時に手続を重層化・複雑化するものであり、そもそも仲裁の制度趣旨と適合しないと考えられる。

なお、仲裁手続においても仲裁判断の「取消し」の制度は認められているが、「取消し」

⁴ Barton Legum, "The Introduction of an Appellate Mechanism: the U.S. Trade Act of 2002", in Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi (eds.), *Annulment of ICSID Awards* (Juris Publishing, 2004), p.292.

⁵ 中村達也『国際商事仲裁入門』(中央経済社、2001年) 7頁。

と「上訴」は区別されており、「取消し」は認められても「上訴」は認められないと解されている。例えば、日本の仲裁法においても仲裁判断の取消しは認められているが、仲裁判断の内容を再審査することは仲裁の制度趣旨にそぐわないと解される。第1に、「我が国[日本]の旧法は、[…]裁判所を通じて行われる仲裁のコントロールは仲裁判断の事後的な取消しというかたちに集約されていた。この立場は[…]新法の立場でもある⁶」。第2に、他方で、仲裁判断の取消しという制度は「事件そのものの再審査を求める裁判所への上訴ではなく、当該仲裁判断に仲裁判断としての効力を認めるべき前提条件が備わっているかどうかだけが裁判所の審査の対象である。したがって、事実認定の誤りや実体的判断基準としての法適用の誤りは審査の対象ではない。[…]仲裁人の実体的判断の内容までもを再審査するのでは裁判制度とは別に仲裁制度を認める意義が失われてしまうからである。同様に、手続面でも取消しのために判決手続を行うのでは簡便な仲裁を選んだ意義が失われる⁷」。このように、仲裁判断の取消手続は認められるものの、実体的判断の内容にまで踏み込む上訴手続は仲裁の性質を相容れないと考えられているのである。換言すれば、仲裁判断取消しの申立ては、同一手続内における不服申立てではなく、上訴としての性質を有さないと解される⁸。これに対して、上訴制度は本来、裁判制度上で認められているものであり、手続的コストの増加を前提としつつも、法令解釈の統一性を確保するために設けられた制度である⁹。他方、仲裁は、裁判制度の手続的コストを軽減するという制度趣旨を有するため、そもそも上訴や再審査といった付加的な手続とは親和的ではない。

なお、国際法上の伝統的な国際裁判（国家間の仲裁裁判）においても一審終結が原則とされており、今日の仲裁概念と類似している（国際司法裁判所でも一審終結が原則であり、上訴は禁止されている）。また、仲裁判決に関しては無効原因論が伝統的に認められており、取消手続（無効確認訴訟）も認められてきた（ILCの仲裁裁判手続モデル規則参照）。このように、国際裁判において上訴が認められていない背景には、個別判断における紛争処理が重視されており、判例法や予見可能性の要請は二次的なものと捉えられていたことが想定される。

2. 上訴と取消

ICSID手続に関して、近年の上訴設置案とは異なる文脈において「上訴」が議論の対象となった時代がある。というのも、ICSID制度上の取消手続（annulment）が、実質的に上訴の機能を果たしていると主張されたためである。ただし、ICSIDの判例上、形式的には上訴と取消は厳格に区別されており、クレックナ事件では、取消手続は「上訴とは全く

⁶ 小島武司・高桑昭編『注釈と論点 仲裁法』（青林書院 2007年）242頁。

⁷ 小島・高桑編・前掲注 6、243頁。

⁸ 伊藤眞『民事訴訟法〔第3版補訂版〕』（有斐閣、2005年）637-638頁。

⁹ 伊藤眞・前掲注 8、639頁。なお、上訴は次のように説明される。「未確定の原裁判の取消しまたは変更を上級裁判所に対して求める当事者の訴訟行為であり、原裁判に対する不服を基礎として上級審の裁判を求める訴訟上の申立ての性質をもつ。上訴は、裁判の形式的確定力発生前にその取消し・変更を求めるものであり、かつ、上級審に対する審判申立てとしての特徴をもつ。また、訴訟行為の効果としては、確定遮断効と上級審への移審の効果をもつものが上訴とされる」。同 637-638頁。

異なる」と判断されている。他方、学説では、取消判断の内容をより詳細に分析した上で、両者が類似していると主張するものが見られる。以下、区別説と類似説をそれぞれ検討しよう。

上訴と取消は異なるという説（区別説）の根拠は次の点にある。第1に、審査内容が異なる点である。すなわち、上訴が仲裁判断の内容の実体的な正しさ（substantive correctness）を審理するものであるのに対して、取消は特定の取消事由がある場合に、仲裁判断の効力を否定するというものである。第2に、審査結果が異なる点である。すなわち、上訴は原審を維持するか、場合によっては原審判断内容を差し替える（自判）のに対して、取消は、原審判断を（全体的に又は部分的に）無効とし、新たな法廷に新たな判断をするよう差し戻すものである（すなわち、自判を行わない）。

以上のように、形式的には上訴と取消は区別されるものであるが、学説上は、上訴と取消が実質的には類似した機能を有すると主張するものも見られる。その根拠は、取消事由の中に「理由欠如」が含まれる点にある。判例上、「理由欠如」には理由の矛盾や不明瞭性が含まれると解されているため、仲裁判断の「理由欠如」を問うことは、必然的にその判断内容の妥当性に触れることになるため、実質的には上訴に類似すると解される。このように、実質的に取消事由が拡張・深化するに伴い、上訴手続に接近すると評されることになる。実際に、ICSIDにおける上訴制度を新たに創設するのではなく、現行の取消手続をさらに拡充して、疑似上訴手続として運用すべきであると主張するものも見られる（ただし、この場合、仲裁判断の取消し判断が下された場合、原審をやり直すことになるため、仲裁の時間的コストが大幅に増大するという問題が生じる）。

IV. 上訴案と米国の実行

上記のように、仲裁と上訴は基本的に相容れない性質を有するものであるが、であるにとかかわらず、1990年代から今日に至るまで、上訴の設置案は恒常的に提起されてきた。国際投資仲裁手続において上訴制度・上訴機関を創設すべきであるという議論は、学説レベルでは既に1990年代に見られる（例えば、1991年のローターパクト論文は投資仲裁の上訴を提案していた¹⁰）。さらに、その後、MAI（多数国間投資協定）の交渉の際にも上訴案が提示されたが、MAI自体が頓挫したため、それ以上の議論は見られなかった。その後、投資紛争解決手続に関して上訴制度・上訴機関の創設を推進したのは米国であった。米国は、2002年TPA（貿易促進権限）法において上訴機関の創設への動きを示した上で、2004年のモデルBITにおいて上訴条項を插入した。これを受け、米国が締結した数々のBITにおいて上訴規定が設けられるに至っている。以下、米国の上訴案を概観し、その根拠を検討しよう。

¹⁰ E. Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice* (1991).

1. 米国の貿易促進権限法（2002年）

米国議会は、投資仲裁協定の中に上訴制度を創設する形で投資協定交渉を進めるための立法措置をとった。すなわち、2002年8月6日、ブッシュ大統領が署名した貿易法（2002年）¹¹ 2012条は、「貿易促進権限」（TPA: Trade Promotion Authority）を大統領に付与しており、同条の(b)(3)(G)(iv)項は、米国の主要な貿易交渉主題として、対外投資保護の文脈において「貿易協定中の投資条項の解釈に対して一貫性を与えるために、上訴機関又は類似のメカニズムを備えること」（providing for an appellate body or similar mechanism to provide coherence to the interpretations of investment provisions in trade agreements）を要請している。

この米国貿易法における上訴設置案の根拠は、第1に、一連のNAFTA 11章の仲裁事例（Ethil事件、Loewen事件、Methanex事件）に対する懸念があったと考えられている¹²。すなわち、米国は、自国の利益を損なう可能性のある仲裁判断をコントロールするための上訴機関を設置すべきであると考えていたと言えよう¹³。また、米国内で上訴案を推進したのは米国議会と政府機関（防衛省及びMMS: the Management and Minerals Service）であると評されており、米国政府が投資仲裁において敗訴する危険性があるため、上訴規定を条約に盛り込むよう、圧力をかけたと言われる¹⁴。第2に、上訴制度を導入することにより、貿易協定中の投資条項の解釈に関して一貫性のない結論を回避し、予見可能性を促進することが目指されている¹⁵。

2. 米国モデルBIT（2004年）

上訴機関の設立を貿易交渉（特に対外投資保護交渉）に織り込むという上記の方針は、既に交渉過程にあった幾つかのBIT/FTAに盛り込まれたが、これに前後する形で、2004年11月に作成された米国モデルBITに織り込まれた。第1に、モデルBIT 28条10項は次のように規定する（後掲条文参照）。「投資紛争の審理のための国際貿易又は投資合意に基づいて構成された仲裁廷の判断を審査するために上訴機関を創設する個別の多数国間条約が当事国間で発効した場合、両当事国は、当事国間で多数国間合意が発効した後に開始された仲裁において、第34条のもとで下された仲裁判断を当該上訴機関に審査させるための合意に到達するよう尽力しなければならない¹⁶」。第2に、モデルBITの付属書D（Annex D）（二

¹¹ Trade Act of 2002, Public Law 107-210. Available at [http://www.twinside.org.sg/title2/FTAs/General/USBipartisanTradePromotionAuthorityActFromp993.pdf].

¹² Daniel M. Price, “US Trade Promotion Legislation”, in Ortino (Federico), Sheppard (Audley) and Warner (Hugo) (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues Volume 1* (British Institute of International and Comparative Law, 2006), p.89.

¹³ Ian Laird and Rebecca Askew, “Finality Versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need An Appellate System?”, *The Journal of Appellate Practice and Process*, vol.7 (2005), p.295.

¹⁴ Doak Bishop, “The Case for an Appellate Panel and Its Scope of Review”, in Federico Ortino, Audley Sheppard and Hugo Warner (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues Volume 1* (British Institute of International and Comparative Law, 2006), p.16.

¹⁵ Daniel M. Price, *supra* note 12, p.90.

¹⁶ 2004 US Model BIT, Art.28 (10): “If a separate, multilateral agreement enters into force between the Parties that establishes an appellate body for purposes of reviewing awards rendered by tribunals constituted pursuant to international trade or investment arrangements to hear investment disputes, the Parties shall strive to reach an agreement that would have such appellate body review awards rendered under Article 34 in arbitrations commenced after the multilateral agreement enters into force between the Parties.”

国間上訴メカニズムの可能性) は次の規定を設けている。「本条約〔二国間BIT〕の発効日から3年以内に、両当事国は、〔本BIT〕第34条のもとで下された仲裁判断を審査するために、二国間の上訴機関又は類似のメカニズムを設置するか否かを考慮しなければならない¹⁷」。

以上のように、米国は原則として「多数国間」条約における上訴機関の創設を想定していたと考えられるが、(恐らく実現可能性が低いことを勘案した上で) 同時に「二国間の」上訴機関の創設をも考慮している。ただし、後者の場合、個別のIIA上で別個の上訴機関が並立することになる。さらにこの場合、仲裁判断が互いに拘束されない以上、仲裁判断の非一貫性を是正するよりも、むしろ非一貫性を助長することになる危険性が大きいと指摘されている¹⁸。

3. 米国のIIA

上記TPA法とモデルBITにおいて推進された上訴機関設置策は、モデルBITに依拠して作成された米国のBITにおいて実現されることになった¹⁹。例えば、米国モデルBITに基づいて締結された最初のBITである米国=ウルグアイBIT(2005年11月4日署名、2006年11月1日発効)は、AnnexEにおいて米国モデルBIT付属書D(上訴規定)と全く同じ規定を設けている²⁰。さらに、米国=チリFTA(2004年1月1日発効)の10.19(10)条においても同様の規定が設けられており、「両当事国は、上訴機関に仲裁判断を審査させる合意に至るよう努力しなければならない」と規定している²¹。なお、米国モデルBIT(2004年)以前にも、上記のTPA法に基づき、既に上訴規定をもつIIAが締結されている。例えば、米国=シンガポールFTA(2003年5月6日署名、2004年1月1日発効)²²の15.19(10)条は、上記の上訴規定と同様の規定を設けている。以上のように、米国締結したIIAでは、いずれも上訴規定が設けられており、これにより「二国間の」(bilateral)上訴機関の設置が目指されている²³。

以上に加えて、米国がかかわる地域的なFTAにおいても上訴規定が設けられた。すなわ

¹⁷ 2004 US Model BIT. Annex D. Possibility of a Bilateral Appellate Mechanism: “Within three years after the date of entry into force of this Treaty, the Parties shall consider whether to establish a bilateral appellate body or similar mechanism to review awards rendered under Article 34 in arbitrations commenced after they establish the appellate body or similar mechanism”.

¹⁸ Mariel Dimsey, *The Resolution of International Investment Disputes: Challenges and Solutions*, Eleven International Publishing, 2008, p.181.

¹⁹ そもそも、貿易促進権限(TPA)の審議過程において対象とされていたのは、当時、既に交渉が開始されていたFTA交渉(対チリ、対シンガポール、CAFTA)であった。

²⁰ Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment. Available at [http://www.unctad.org/sections/dite/iiia/docs/bits/US_Uruguay.pdf].

²¹ “If a separate multilateral agreement enters into force as between the Parties that establishes an appellate body for purposes of reviewing awards rendered by tribunals constituted pursuant to international trade or investment agreements to hear investment disputes, the Parties shall strive to reach an agreement that would have such appellate body review awards rendered under Article 10.25 in arbitrations commenced after the appellate body’s establishment.”

²² US-Singapore FTA.

[http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/singapore/asset_upload_file708_4036.pdf].

²³ Doak Bishop, *supra* note 14, p.15.

ち、2004年8月に、米国は中米諸国（コスタリカ、エルサルバドル、グアテマラ、ホンジュラス、ニカラグア、ドミニカ共和国）との間に米国・中米・ドミニカ共和国自由貿易協定（CAFTA-DR: the Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement: CAFTA-DR）を締結した。同条約は、10.20(10)条において上訴機関審査を行うための合意に到達するよう努力することを規定した上で、付属書10Fにおいて、条約締結後3カ月以内に上訴機関設立のための交渉グループの設置を定めている。これらの規定は、条約解釈における調和性をもたらすことを目的にしたものと解されている。他方で、同条約が想定する上訴メカニズムが機能するようになると、個別の上訴手続が拡散することによって、むしろ投資法の一貫した発展が阻害される危険があると指摘されている²⁴。

以上、米国のIIAに含まれる上訴規定の内容に関して、次の点を指摘し得る。第1に、上訴機関の設置に関しては条件が付されており、①多数国間条約において上訴機関が設置されていること、②協定の当事国が当該上訴機関による仲裁判断の審査を求める合意に達することである。すなわち、米国を一方当事国とするBIT/FTAは、上訴手続を実際に創設するものではなく、あくまでも将来的に上訴創設する可能性を示すにとどまる²⁵。第2に、2002年以降、米国は一貫して上訴機関の設置を目指しており、実際に米国との間で上訴の設置方針を確認した国は13カ国に及ぶ²⁶（パナマを入れると14カ国）。また、これらの上訴規定は全て同一の文言を使用しており、米国がBITとFTAの間に一貫性を保とうとしたことを窺わせる²⁷。第3に、米国の上訴促進策は今後も継続すると評されるが²⁸、現時点に至るまで、上記の上訴規定に基づいて上訴設置に関する交渉が開始されたり、あるいは何らかの文書が作成されたりした形跡は見られない²⁹。

V. 上訴案への対応

上記の上訴提案は、米国（及び一部学説）が一方的に推進したものであったが、これに対応する形でICSIDやOECDにおいて上訴案の検討が行われ、独自の上訴案が提起された。以下、これらの機関による評価を紹介した上で、上訴の利点と問題点を整理しよう。

²⁴ Kaufmann-Kohler, "In Search of Transparency and Consistency: ICSID Reform Proposal", *Transnational Dispute Management*, vol.2 (2005), pp.2-3.

²⁵ Tracton (Michael K.), "Provisions in the New Generation of U.S. Investment Agreements to Achieve Transparency and Coherence in Investor-State Dispute Settlement", in Karl P. Sauvant and Michael Chiswick-Patterson (eds.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (Oxford U.P., 2008), p.202.

²⁶ 具体的には、チリ、コロンビア、コスタリカ、ドミニカ、エルサルバドル、グアテマラ、ホンジュラス、モロッコ、ニカラグア、オマーン、ペルー、シンガポール、ウルグアイである。なお、米国が締結したIIAで上訴規定を持つものに関しては以下を参照。“Selection of BITs and FTAs with Provisions Relating to an Appellate Review Mechanism”, in Karl P. Sauvant and Michael Chiswick-Patterson (eds.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (Oxford U.P., 2008), pp.301-317.

²⁷ Tracton (Michael K.), *supra* note 25, p.201.

²⁸ Mariel Dimsey, *supra* note 18, p.184.

²⁹ Legum (Barton), "Options to Establish an Appellate Mechanism for Investment Disputes", in Karl P. Sauvant and Michael Chiswick-Patterson (eds.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (Oxford U.P., 2008), p.233.

1. ICSID 案（2004 年）

米国の上訴制度化の動きに即応して ICSID 事務局が作成したのが、「ICSID 仲裁の可能な枠組み変革」と題するディスカッション・ペーパー（2004 年 10 月 22 日）である³⁰。この DP 自体は ICSID 仲裁手続の改善を目指したものであったが、その背景には、ICSID 条約の改正手続の困難性がある。すなわち、同条約の改正にはすべての締約国の同意を要し（ICSID 条約 66 条）、一度も改正された例がない。他方で、ICSID 仲裁手続規則と Additional Facility 仲裁規則は ICSID の運営理事会（Administrative Council）の決定によって改正が可能であるため（ICSID 条約 6 条）、2004 年のディスカッション・ペーパーは、事務局が後者の方法を模索する中で提起されたものと捉えることが可能である。

この DP は、先決的手続や仲裁判断の公表に関する提案に加え、上訴メカニズムの創設案を含んでいた。この点に関する事務局の主張は次の点であった。第 1 に、投資家対国家の投資仲裁手続の中に、既に上訴メカニズムを設けている条約が締結されており、しかも、ICSID 条約の締約国の中にそうした国がある（para.20）。第 2 に、上訴メカニズムは、投資条約上の判例法（case law）における一貫性（coherence and consistency）を強化するためのものである（para.21）。第 3 に、他方で上訴メカニズムを導入した場合、仲裁裁定の終結性（finality）を損なう危険性があり、また仲裁裁定の執行の遅延の可能性が生じ得る（para.21）。第 4 に、「単一の上訴メカニズム」（a single appeal mechanism）を提供することによって、効率性と経済性及び調和性と一貫性が確保されるであろう（para.23）。

以上の点を考慮に入れた上で、事務局は ICSID 上訴手続（ICSID Appeals Facility）の創設を目指すとし、当該手続を実際に導入するために以下のような道筋を示している。第 1 に、上訴の禁止（ICSID 条約 53 条 1 項）との関係に関しては、条約法条約 41 条により、上訴手続への付託を規定する条約によって、当該条約の当事国間では ICSID 条約を修正することが可能であると捉えられる（para.2）。第 2 に、上訴事由としては、現行の取消事由（ICSID 条約 52 条）に加えて、「明らかな法の誤り」（a clear error of law）及び「重大な事実の誤り」（serious errors of fact）が挙げられる（para.7）。従って、上訴審では、取消事由と上訴事由が同時に審査され、裁判を取消す（annul）ことも、裁判を維持、修正、破毀することができる（para.9）。第 3 に、裁判が取り消された場合、あるいは修正・破毀された場合、いずれの当事者も新たな仲裁廷に事件を付託し得る。また、上訴審は、事件を原審に差し戻すことも可能である（para.9）。第 4 に、上訴プロセスをスピーディーにするため、上訴手続規則には各種の時間制限が設けられることになる（提訴から書面手続までの時間、上訴審が裁判を下すまでの時間）（para.12）。

以上の ICSID 提案に対して、2004 年の段階で幾つかの難点が指摘されている。特に、2004 年に発表された Barton Legum の論文では、以下の点を根拠として、ICSID の上訴提案に対

³⁰ ‘Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration’, ICSID Secretariat Discussion Paper, October 22, 2004, available at [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnouncePDF&AnnouncementType=archive&AnnounceNo=14_1.pdf].

する批判が展開されている。第1に、既存の執行手続の存在により、上訴手続が無意味なものとなる危険性である。すなわち、ニューヨーク条約では仲裁判断の執行が認められており（第3条）、ICSIDの仲裁判断の場合も同様に執行が認められる（54条1項）。従って、仮に上訴手続が認められ、実際に上訴請求が提起された場合であっても、勝訴原告（投資家）が仲裁判断の執行を請求した場合には、上訴自体がムート化する可能性は否定できない³¹。第2に、投資仲裁の上訴手続としては、WTO型の上訴手続が想定されているが、WTOの経験はその他の常設国際裁判所には共有されていない。第3に、常設の裁判機関は、一般に多数国間合意を基礎とするものであるが（ICJ, ITLOS, WTO等）、米国の貿易法はその多くが二国間交渉の帰結である。第4に、常設裁判機関にかかるコストであり、事務機関と裁判官の給与に関するコストが増大する³²。以上の難点を勘案した上で、Legumは既存の取消手続（特別委員会制度）をモデルとした上訴手続を代替案として提示している（常設機関ではなく、個別事案毎に設置され、当事者のコスト負担で運営する手続）。

2. ICSID案（2005年）

以上の議論（2004年案に対する批判）をうけて作成された「ICSID規則及び規律の変更提案」（Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations）（2005年5月12日）において、ICSID事務局は2004年に提起した上訴案を削除した。すなわち、ICSID事務局は、2004年のディスカッション・ペーパーに対するコメント（運営理事会委員や専門家等のコメント）を勘案した結果として、上訴手続の創設に関して以下の点を指摘している。「投資協定仲裁に上訴手続が設けられる場合、各投資協定で設置される個別のメカニズムではなく、単一のICSIDメカニズムが最善であろうという点について一般に合意がある。他方で、ディスカッション・ペーパーで提起された技術的及び政策的に困難な問題に鑑みて、現段階でICSIDメカニズムを創設しようとするのは時期尚早であると考えられている³³」。このように、「単一」の上訴メカニズムが望ましい点は確認されているものの、逆に、実現困難性から上訴提案自体が撤回されるに至っている。ただし、ここでは何が「技術的及び政策的に困難な問題」であるのかは明らかにされていない。

3. OECD案（2006年）

ICSID事務局の動きと並行して、OECDの投資委員会（OECD Investment Committee）がICSIDと合同研究を行った上で、2006年に報告書（Working Paper）を発表した³⁴。この報告書では、上訴設置案に関するメリットとデメリットをそれぞれ4点ずつ列挙した上で、

³¹ Barton Legum, *supra* note 4, p.293. ただし、この点に関しては、上訴申請・審査期間中は原仲裁の確定判断は下されていないため、執行義務は発生していないと解すべきであろう。

³² Barton Legum, *supra* note 4, pp.294-295.

³³ Working Paper of the ICSID Secretariat, “Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations”. May 12, 2005. [\[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnouncePDF&AnnouncementType=archive&AnnounceNo=22_1.pdf\]](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnouncePDF&AnnouncementType=archive&AnnounceNo=22_1.pdf), para.4.

³⁴ OECD Working Papers on International Investment, “Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview”, February 2006, available at [\[http://www.oecd.org/dataoecd/3/59/36052284.pdf\]](http://www.oecd.org/dataoecd/3/59/36052284.pdf).

結論的には、上訴機関の創設に関して投資委員会の議論でも意見の一致がなく、ICSID 事務局の意見（上訴創設は時期尚早という結論）を確認するに止まる³⁵。以下、報告書において提示された上訴案のメリットとデメリットを紹介しよう。

①メリット

上訴設置のメリットは以下の 4 点にまとめられている。第 1 に、仲裁裁判の統一性を確保し得る点である。仲裁裁判例の統一性と一貫性により、予見可能性が生まれるため、投資仲裁制度の正統性が向上する。同一の事実または類似の事実に依拠した不統一な仲裁判断（CME 判断と Lauder 判断）が広く注目を集めた。上訴があれば、こうした不統一性が回避されるはずだという保証はないが、共通の上訴機関（a common appeals body）があれば、一貫性を確保する機会は強化される。なお、上訴に関しては、同一の事実に対して、異なる IIA に基づいて設置された仲裁が異なる結論に達するという状況が問題になるだけではない。すなわち、異なる文言をもつ IIA 条項に通底する基本原則の解釈に一貫性をもたらし、そうすることによって、より統一的な国際投資法の発展を促進させる。他方、類似の IIA 条項の解釈は、関係国の意図に応じて異なり得る。第 2 に、上訴によって法の誤りを訂正し、場合によっては重大な事実の誤りも訂正し得る。第 3 に、国家の裁判機関ではなく、中立の仲裁による審査が可能である。現在、ICSID 仲裁判断以外の判断については、国内裁判所の審査が認められており、当該裁判所が審査権限を逸脱したり、政府側の圧力の可能性が懸念されている。他方、上訴制度により、国際的な基準と手続に基づいて作用する中立的な裁定が可能である。第 4 に、実効的な執行である。現行の制度では、ICSID 仲裁判断については、承認・執行義務が ICSID 条約上で課されている。他方、非 ICSID 仲裁の場合、執行は規定されておらず、国内法又は適用条約上の問題として処理される。従って、非 ICSID 仲裁の判断は、国内法、ニューヨーク条約その他の関連条約で規定された仲裁判断の承認・執行のための通常の規則のもとで執行可能となるが、いずれも国内裁判所に主要な役割を認めている。この点で、上訴制度の場合に、保証金支払いを上訴要件とする、あるいは上訴判断を国内裁判所の審査対象から除外することによって、仲裁判断の実効的な執行を確保し得る³⁶。

②デメリット

他方、OECD の報告書では、上訴設置に伴うデメリットも 4 点指摘されている。第 1 に、終結性（finality）の原則に反する点である。仲裁判断が拘束力を有し、上訴に服さない点こそが（司法的解決と比べた）仲裁のメリットである。従って、現行の取消事由よりも広範な上訴事由を認めた場合、仲裁判断の終結性を損なう危険がある。第 2 に、手続の遅延とコストの付加である。ただし、この点に関しては、国内裁判システムにおける取消手続においても手続遅延が発生している。また、上訴に時間的要件を設けるこ

³⁵ OECD, Working Papers, para.56.

³⁶ OECD, Working Papers, paras.37-45.

とで、手続遅延の問題は解消されるという意見もある。また、上訴事由は法的問題に限定され、重大な事実の誤りは含まないようすれば、時間とコストは抑えられるという点について、ほぼ全ての専門家のコンセンサスがある³⁷。第3に、濫訴の危険である。上訴制度があれば、全ての事件で上訴申立がなされるようになり、「第一審」の仲裁人の権威が損なわれる。なお、この点に関しては、保証金支払いを上訴要件とすることによって上訴請求を抑制させるという意見もある。第4に、システムの政治化(*politicisation*)である。すなわち、有権者の理解を得るために、政府側(投資受入国)は敗訴事件では全て上訴に訴えることになる。他方、この点に関しては、投資家側も投資受入国と同じ程度に敗訴しているため、投資家側も同程度の上訴請求を行うと考えられる³⁸。

以上のように、OECD報告書は、上訴制度の可否について、広く肯定説・否定説の議論状況を紹介する形をとっており、断定的な評価を避けつつ、上訴設置の議論を推進するのは時期尚早と結論付けるに止まっている。

以上の議論をまとめると、上訴案に対する評価について次の点を指摘し得る。第1に、現時点において、関連機関や各國政府の立場及び学説上の見解に鑑みるに、具体的な制度論としては上訴制度・機関の設置に対する反対論(慎重論)の方が優勢である(特に、議論の内容は、上訴機関の設置自体は望ましいものの、そのための制度改革や合意形成が極めて困難であるというものが多い)。同時に、ヴェルデが指摘するように、WTO型の単一の上訴機関を想定することは「ユートピアンの見解」と言わざるを得ない³⁹。第2に、上訴問題については、NAFTAの当事国を除くと、OECDの多数の国は大幅な制度改革を必要とするほど緊急な課題であるとはみなしていない⁴⁰。

4. 論点整理

以上に見たように、上訴制度の可否に関する論点は次の点に集約される。すなわち、上訴賛成説は、上訴制度によって複数の仲裁判断の間の一貫性と判断内容の妥当性が確保されると主張する。これに対して、上訴反対説の根拠は、上訴制度の導入が仲裁判断の終結性と利便性を損なうと反論している⁴¹。以下、上記の論点を掘り下げつつ、その他、あまり論じられていない論点を付け加えることにしよう。

³⁷ この点は、以前のICSID上訴提案(2004年)が「事実の誤り」を上訴事由に含んでいたのと異なる点であり、より縮小した形での上訴制度が想定されていると言えよう。

³⁸ OECD, *Working Papers*, paras.46-56.

³⁹ Thomas Wälde, “Alternatives for Obtaining Greater Consistency in Investment Arbitration: An Appellate Institution after the WTO, Authoritative Treaty Arbitration or Mandatory Consolidation?”, in Ortino (Federico), Sheppard (Audley) and Warner (Hugo) (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues Volume 1* (British Institute of International and Comparative Law, 2006), p.136.

⁴⁰ Yannaca-Small (Katia), “Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: The OECD Governments’ Perspective”, in Karl P. Sauvant and Michael Chiswick-Patterson (eds.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (Oxford U.P., 2008), p.226.

⁴¹ Ian Laird, *supra* note 13, p.286.

（1）判断の一貫性

上訴機関を設ける目的として第1に挙げられるのは、仲裁判断の矛盾を解消し、統一的・一貫的判例法を確立することである⁴²。確かに、近年の国際投資仲裁の判断には、互いに矛盾するものが見られるようになっており、国際投資法の健全な発展を阻害すると評される。特に、2005年以降、複数のICSID仲裁裁定において判断矛盾の問題が明らかになっている（CMS事件（2005年）とLG&E事件（2006年）における緊急状態の判断が正反対になった例）。この点で、学説上は、判断矛盾が生じる根拠の1つとして、ICSIDにおける上訴手続の欠如が指摘されている⁴³。他方で、上記の点については次の反論が見られる。第1に、そもそも仲裁判断の間の矛盾・非一貫性を問題視すべきでない、という見解であり、第2に、仮に判断矛盾があったとしても、その解消のために上訴が用いられるべきことにはならないという。以下、順に検討しよう。

- ①一見するとIIAは文言上類似した規定を設けているが、詳細な部分まで規定内容が一致している訳ではなく、形成過程や事後の慣行も異なるため、仲裁による解釈において異なる（矛盾する）結論が導かれる例は十分に想定し得る。さらに、IIAの個別性と多様性を重視する場合、むしろ一貫した解釈は不可能であるだけではなく、望ましくない⁴⁴。なお、上記のOECD報告書では、僅かな文言の相違を捨象した「基本原則」について一貫した判断が求められるという考え方方が示されているが、IIA当事国の意識においてこうした考え方方が共有されているというのは難しい。
- ②訴訟・仲裁という法実践では、一定程度の判断矛盾は避け得ない。すなわち、同一の事実状況を前提とし、同一の適用法規が適用されたとしても、法廷弁護人が異なり（主張内容が異なり）、判断者（仲裁人）が異なれば、結論としての判断が異なる可能性は否定し得ない⁴⁵。このように、あらゆる法システムでは、判断の非一貫性に対する許容性が埋め込まれていると考えることができる⁴⁶。
- ③判断矛盾は根本的な問題ではなく、一時的な現象であると捉えることが可能である。すなわち、国際投資法及び国際投資仲裁制度は近年急激に進展しており、「新しい法分野」が形成されつつある。こうした状況において仲裁判断が矛盾するのは、通常の成長苦であり、特筆すべき問題ではないと解される⁴⁷。

⁴² Howard Mann, “Transparency and Consistency in International Investment Law: Can the Problems be Fixed by Tinkering ?”, in in Karl P. Sauvant and Michael Chiswick-Patterson (eds.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (Oxford U.P., 2008), p.220.

⁴³ Frank Spoorenberg and Jorge E. Viñuales, “Conflicting Decisions in International Arbitration”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol.8 (2009), p.95.

⁴⁴ Legum (Barton), *supra* note 29, p.235. この点に関連して、IIAの当事国は、自国の締結したIIAについては一貫した解釈を求めるであろうが、他国の締結したIIAとの間で一貫した解釈を求める事はない、と指摘される。Barton Legum, “Visualizing an Appellate System”, in Ortino (Federico), Sheppard (Audley) and Warner (Hugo) (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues Volume 1* (British Institute of International and Comparative Law, 2006), p.126.

⁴⁵ Paulsson (Jan), “Avoiding Unintended Consequences”, in in Karl P. Sauvant and Michael Chiswick-Patterson (eds.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (Oxford U.P., 2008), pp.247-248.

⁴⁶ Legum (Barton), *supra* note 29, pp.237-238.

⁴⁷ Doak Bishop, *supra* note 14, p.16.

第2に、仮に上訴機関を創設したとしても、仲裁判断の矛盾問題は解消し得ないと考えられる。というのも、判断矛盾は法解釈だけでなく、事実評価の相違に起因する場合があるからである。例えば、*Lauder v. Czech Republic* 事件と *CME v. Czech Republic* 事件では結論が異なっているが、判断が食い違った理由は事件の事実評価が異なっていたことであり、仲裁廷による適用法規の解釈が異なっていたからではない。このような場合、仮に上訴制度を設けたとしても、（上訴事由が法律審に限定される限り）判断の統一性を確保するのは困難である⁴⁸。

他方、仲裁判断の矛盾の問題を解消するために考慮すべき点として、以下のものが指摘されている。第1に、複数の仲裁事件の併合である。判断矛盾が生じるのは、類似の事案が個別に処理されるからであり、判断矛盾を解消するための最も効果的な方法は、こうした事案を併合（consolidation）し、単一の仲裁判断を下すことである。特に現行規定で問題となるのは、事件併合が義務的ではない点である⁴⁹。第2に、最惠国待遇条項の利用である。仮に MFN 条項が手続規定にも適用されると解する場合（この点については未だに議論の余地が残る）、特定の BIT/FTA で設けられた上訴手続をその他の IIA においても援用することが可能となる⁵⁰。

なお、仲裁判断の一貫性を確保するために上訴手続を創設する場合、上訴手続を一本化し、さらに強制管轄権（自動的に上訴可能な WTO のような制度）を構築する必要がある。仮に *ad hoc* の上訴手続を創設する場合、複数の上訴判断が矛盾する可能性が残るからである。従って、仲裁判断の一貫性と統一性を確保するためには、常設の単一の上訴機関を設置する必要がある。

（2）仲裁コスト

上訴制度に対して否定的・消極的な見解の最大の根拠は、仲裁コストの増大である。特に常設の上訴機関でない場合、弁護人費用と仲裁人費用が加算され、さらに全体の紛争処理にかかる時間が増加する。そのため、わざわざ裁判機関ではなく「仲裁」という簡便な手続を設けた意義が損なわれる、と主張される。さらに、仲裁コストが増大するため、実質的に一方当事者にのみ負担となる点が懸念される。すなわち、上訴制度を（抵抗なく）利用し得る裕福な投資家又は投資受入国にだけ有利となり、途上国にとっての仲裁のメリットが減少すると考えられる⁵¹。実際に、上訴制度を促進する動きが、先進国側の利益を保護するという観点からのみ出てきているという点も指摘される⁵²。

⁴⁸ Legum (Barton), *supra* note 29, p.237.

⁴⁹ 例えば、NFTA 1126 (2)条に関しては、*Lauder* 事件と *CME* 事件において、原告側はチェコに対して併合の請求を行ったが、同国が拒否したことによって2つの事件は別個に審査されている。

⁵⁰ OECD, Working Paper on International Investment, “Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview”, February 2006, para.34.

⁵¹ Ian Laird and Rebecca Askew, *supra* note 13, p.298 ; Guido Tawil, “An International Appellate System: Progress or Pitfall ?”, in Ortino (Federico), Sheppard (Audley) and Warner (Hugo) (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues Volume 1* (British Institute of International and Comparative Law, 2006), p.133 ; Thomas Wälde, *supra* note 39, p.140.

⁵² Qureshi (Asif H.), “An Appellate System in International Investment Arbitration?”, in Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford U.P., 2008), p.1156 ; Qureshi (Asif H.) and Khan (Shandana Gulzar), “Implications of an Appellate Body for Investment Disputes from a

（3）国内審査の残存

非 ICSID 仲裁の場合、仮に上訴手続を創設し得たとしても、現行法制度上で認められている国内審査手続が存続する限り、根本的な問題は解決され得ない。すなわち、元々米国が懸念していたのは、仲裁判断が個別国家の国内裁判所による司法審査に服し、さらに判断結果の統一性が確保し得ないという点であった。そのため、仮に上訴機関を設けたとしても、上訴判断が相変わらず国内裁判における司法審査に服するのであれば、上訴を設ける意味はない⁵³。この点で、ICSID 仲裁だけでなく、非 ICSID 仲裁をも対象とした包括的な投資法を想定した上で「国際投資法の一貫性」や「統一的な発展」を目指す場合、非 ICSID 仲裁における国内審査手続を残存させるか否かという困難な問題が生じることになる。第 2 に、投資仲裁の原審と上訴審を経た上で、さらに国内裁判所の審査（取消又は執行）に付されるとすると、全体としての手続が大幅に遅延する危険がある⁵⁴。

VI. おわりに

上訴制度・機関を創設すべきか否かという論争は、最終的には投資「仲裁」の性質及び機能をどのように捉えるのか、という点に帰着する。一方で、①紛争解決の機能を重視し、個別性・一回性を前提とする場合、上訴制度の創設は仲裁の意義（裁判よりも低コストで紛争を処理し得るというメリット）を失わせしめると評価される。他方で、②仲裁による法解釈・法適用の機能を重視し、その判断過程で生み出される判例法（及び予見可能性）を重視する場合、上訴による体系的な法発展が望ましいと評価される。換言すれば、上訴提案がなされていること自体、投資仲裁が単なる①の機能だけでなく、②の機能を期待されていると評することができよう。ただし、多数の見解では、現行の投資仲裁は未だ①の機能を有するに止まり、②への移行は時期尚早であると考えられている。

ただし、上訴設置に関する法技術的な難点を勘案すれば、仲裁判断の矛盾の問題を解消する手段としては、上訴という方法とは別の方法も同時に模索されるべきであり、早急に上訴制度を設ける必要はない。また、上訴を推進する際に必ず根拠とされる判断の一貫性という問題に関しては、「非一貫性から直ちに上訴の要請へ」という議論はやや短絡的であり、判断の非一貫性をどのように評価するのかという点についての議論を先に深める必要があるようと思われる。

Developing Country Point of View”, in Karl P. Sauvant and Michael Chiswick-Patterson (eds.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (Oxford U.P., 2008), p.269.

⁵³ Daniel M. Price, *supra* note 12, p.91.

⁵⁴ Barton Legum, “Visualizing an Appellate System”, in Ortino (Federico), Sheppard (Audley) and Warner (Hugo) (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues Volume 1* (British Institute of International and Comparative Law, 2006), p.122.

〔資料1. 参考文献〕

- Bjorklund (Andrea K.), “The Continuing Appeal of Annulment: Lessons from *Amco Asia* and CME”, in Tod Weiler (ed.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (Cameron May, 2005), pp.471-521.
- Caron (David D.), “Reputation and Reality in the ICSID Annulment Process: Understanding the Distinction between Annulment and Appeal”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Review*, vol. 7 (1992), pp.21-56.
- Court of appeal of Paris decision in *Senegal v. Seutin* as liquidator of the West African industrial concrete co. (SOABI) : (enforcement of arbitration award of the international centre for settlement of investment disputes) : [december 5, 1989], I.L.M., vol. 29 (1990), pp.1341-1344.
- Gal-Or (Noemi), “The Concept of Appeal in International Dispute Settlement”, *European Journal of International Law*, vol.19 (2008), pp.43-65.
- Gaillard (Emmanuel), “The Enforcement of ICSID Awards in France: the Decision of the Paris Court of Appeal in the SOABI case, *ICSID review*, vol. 5 (1990), pp.69-72.
- Gantz (David A.), “An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges”, *Vand.J.Transnat'l L.*, vol.39 (2006).
- Gantz (David A.), “The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States-Chili Free Trade Agreement”, *Am.U.Int'l L. Rev.*, vol.19 (204).
- Hofmann (Rainer) and Tams (Christian J.) (eds.), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking Stock after 40 Years* (Nomos, 2007).
- ICSID Secretariat, Discussion Paper, “Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration”, October 22, 2004.
- ICSID Secretariat, Working Paper, “Suggested Changes to the ICSID Rules and Relugations”, May 12, 2005
- IISID (International institute for Sustainable Development), “Comments on ICSID Discussion Paper, ‘Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration’”, (December 2004), pp.1-17.
- Johnson (Thomas), “Appeals and Challenges to Investment Treaty Awards: Is it Time for an International Appellate System ? in ICSID Annulment: Factual Review”, *Transnational Dispute Management*, vol.2 (2) (2005).
- Kaufmann-Kohler (G), “In Search of Transparency and Consistency: ICSID Reform Proposal”, *Transnational Dispute Management*, vol.2 (2005), pp.1-8.
- Kolb (Joanna), “Creating an ICSID Appellate Body”, 10 *UCLA J. Int'l & Foreign Aff.* 179 (2005)
- Laird (Ian) and Askew (Rebecca), “Finality Versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System ?”, *The Journal of Appellate Practice and Process*, vol.7 (2005), pp.285-302.
- Legum (Barton), “The Introduction of an Appellate Mechanism: The U.S. Trade Act of 2002”, in Gaillard (Emmanuel) and Banifatemi (Yas) (eds.), *Annulment of ICSID Awards* (Juris Publishing, 2004), pp.289-296.
- OECD, Working Paper on International Investment, Number 2006/1, “Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview”, February 2006.

- Ortino (Federico), Sheppard (Audley) and Warner (Hugo) (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues Volume 1* (British Institute of International and Comparative Law, 2006).
- Qureshi (Asif H.), “An Appellate System in International Investment Arbitration?”, in Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford U.P., 2008), pp.1154-1170.
- Redfern (D.A.), “ICSID-Losing its Appeal?”, *Arbitration international*, vol.3 (1987), pp.98-118.
- Sauvant (Karl P.) and Chiswick-Patterson (Michael) (eds.), *Appeals Mechanism in International Investment Disputes* (Oxford U.P., 2008).
- Spoorenberg (Frank), Vinuales (Jorge E.), “Conflicting Decisions in International Arbitration”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol.8 (2009), pp.91-113.

[資料2. 関連条文]

1. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration(1985年、2006年改正)

Article 34. Application for ~~setting aside~~ as exclusive recourse against arbitral award

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for ~~setting aside~~ in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.

(2) An arbitral award may be set aside by ~~the court specified in article 6~~ only if:

(a) the party making the application furnishes proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or
the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or,
failing any indication thereon, under the law of this State; or

(ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an

arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the
submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the
submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to
arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which
contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance
with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision
of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in
accordance with this Law; or

(b) the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of
this State; or

(ii) the award is in conflict with the public policy of this State.

- (3) An application for setting aside may not be made after three months have elapsed from the date on which the party making that application had received the award or, if a request had been made under article 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal.
- (4) The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside.

第7章 判断に対する不服申立

第34条 (仲裁判断に対する排他的不服申立〔手段〕としての取消の申立)

- (1) 仲裁判断に対する裁判所への不服申立は、本条(2)項及び(3)項の規定に従う取消の申立によってのみすることができる。
- (2) 仲裁判断は、次の各号に掲げる場合にのみ、第6条に定める裁判所が取り消すことができる。
- (a) [取消の] 申立をした当事者が次の証明を提出した場合
- (i) 第7条に定める仲裁合意の当事者が、無能力であったこと、又はその仲裁合意が、当事者がそれに準拠することとした法律もしくはその指定がなかったときはこの国の法律のもとで、有効でないこと。
 - (ii) [取消の] 申立をした当事者が、仲裁人の選定もしくは仲裁手続について適当な通告を受けなかったこと、又はその他の理由により主張、立証が不可能であったこと。
 - (iii) 判断が、仲裁付託の条項で予見されていないか、その範囲内にない紛争に関するものであるか、仲裁付託の範囲をこえる事項に関する判定を含むこと。但し、仲裁に付託された事項に関する判定が、付託されなかった事項に関する判定から分離されうる場合には、仲裁に付託されなかった事項に関する判定を含む判断の部分のみを取り消すことができる。
 - (iv) 仲裁廷の構成又は仲裁の手続が、当事者の合意に従っていなかったこと。又はかかる合意がないときは、この法律に従っていなかったこと。但し当事者の合意がこの法律の規定のうち、当事者が排除することのできない規定に反している場合はこの限りでない。
- (b) 裁判所が次のことを認めた場合
- (i) 紛争の対象事項がこの国の法のもとでは仲裁による解決が不可能であること。
 - (ii) 判断がこの国の公序に反すること。
- (3) 取消の申立は、申立をする当事者が判断を受領した日から、又は第33条に基づく申立をしたときは、仲裁廷がその申立を処置した日から3月を経過した後は、することができない。
- (4) 裁判所は、判断取消を求められたとき、適当でありかつ一方の当事者の申立があるときは、仲裁手続再開の機会、又は仲裁廷が取消事由を除去すると考える措置をとる機会を仲裁廷に与えるために、裁判所が定める期間取消の手続を停止することができる。

2. 日本の仲裁法

第44条 当事者は、次に掲げる事由があるときは、裁判所に対し、仲裁判断の取消しの申立てをすることができる。

- 一 仲裁合意が、当事者の能力の制限により、その効力を有しないこと。
 - 二 仲裁合意が、当事者が合意により仲裁合意に適用すべきものとして指定した法令(当該指定がないときは、日本の法令)によれば、当事者の能力の制限以外の事由により、その効力を有しないこと。
 - 三 申立人が、仲裁人の選任手続又は仲裁手続において、日本の法令（その法令の公の秩序に關しない規定に関する事項について当事者間に合意があるときは、当該合意）により必要とされる通知を受けなかったこと。
 - 四 申立人が、仲裁手続において防御することが不可能であったこと。
 - 五 仲裁判断が、仲裁合意又は仲裁手続における申立ての範囲を超える事項に関する判断を含むものであること。
 - 六 仲裁廷の構成又は仲裁手続が、日本の法令（その法令の公の秩序に關しない規定に関する事項について当事者間に合意があるときは、当該合意）に違反するものであったこと。
 - 七 仲裁手続における申立てが、日本の法令によれば、仲裁合意の対象とすることができない紛争に関するものであること。
 - 八 仲裁判断の内容が、日本における公の秩序又は善良の風俗に反すること。
- 2 前項の申立ては、仲裁判断書（第四十一条から前条までの規定による仲裁廷の決定の決定書を含む。）の写しの送付による通知がされた日から三箇月を経過したとき、又は第四十六条の規定による執行決定が確定したときは、することができない。
 - 3 裁判所は、第一項の申立てに係る事件がその管轄に属する場合においても、相当と認めるときは、申立てにより又は職権で、当該事件の全部又は一部を他の管轄裁判所に移送することができる。
 - 4 第一項の申立てに係る事件についての第五条第三項又は前項の規定による決定に対しては、即時抗告をすることができる。
 - 5 裁判所は、口頭弁論又は当事者双方が立ち会うことができる審尋の期日を経なければ、第一項の申立てについての決定をすることができない。
 - 6 裁判所は、第一項の申立てがあった場合において、同項各号に掲げる事由のいずれかがあると認めるとき（同項第一号から第六号までに掲げる事由にあっては、申立人が当該事由の存在を証明した場合に限る。）は、仲裁判断を取り消すことができる。
 - 7 第一項第五号に掲げる事由がある場合において、当該仲裁判断から同号に規定する事項に関する部分を区分することができるときは、裁判所は、仲裁判断のうち当該部分のみを取り消すことができる。
 - 8 第一項の申立てについての決定に対しては、即時抗告をすることができる。

3. 米国貿易法（2002年）

SEC. 2102. TRADE NEGOTIATING OBJECTIVES.

(b) PRINCIPAL TRADE NEGOTIATING OBJECTIVES.—

(3) FOREIGN INVESTMENT.

Recognizing that United States law on the whole provides a high level of protection for investment, consistent with or greater than the level required by international law, the principal negotiating objectives of the United States regarding foreign investment are to reduce or eliminate artificial or trade-distorting barriers to foreign investment, while ensuring that foreign investors in the United States are not accorded greater substantive rights with respect to investment protections than United States investors in the United States, and to secure for investors important rights comparable to those that would be available under United States legal principles and practice, by—

...

(G) seeking to improve mechanisms used to resolve disputes between an investor and a government through—

(i) mechanisms to eliminate frivolous claims and to deter the filing of frivolous claims;

(ii) procedures to ensure the efficient selection of arbitrators and the expeditious disposition of claims;

(iii) procedures to enhance opportunities for public input into the formulation of government positions;

and

(iv) providing for an appellate body or similar mechanism to provide coherence to the interpretations of investment provisions in trade agreements;

4. U.S. Model BIT(2004年)

Annex D. Possibility of a Bilateral Appellate Mechanism

Within three years after the date of entry into force of this Treaty, the Parties shall consider whether to establish a bilateral appellate body or similar mechanism to review awards rendered under Article 34 in arbitrations commenced after they establish the appellate body or similar mechanism.

5. U.S.-Chili FTA(2004年1月1日発効)

Article 10.19: Conduct of the Arbitration

(10) If a separate multilateral agreement enters into force as between the Parties that establishes an appellate body for purposes of reviewing awards rendered by tribunals constituted pursuant to international trade or investment agreements to hear investment disputes, the Parties shall strive to reach an agreement that would have such appellate body review awards rendered under Article 10.25 in arbitrations commenced after the appellate body's establishment.

6 . US-Singapore FTA

Article 15.19 : Conduct of the Arbitration

10. If a separate multilateral agreement enters into force as between the Parties that establishes an appellate body for purposes of reviewing awards rendered by tribunals constituted pursuant to international trade or investment arrangements to hear investment disputes, the Parties shall strive to reach an agreement that would have such appellate body review awards rendered under Article 15.25 of this Section in arbitrations commenced after the appellate body's establishment.

7 . CAFTA: 中米・米国・ドミニカ自由貿易協定(2004 年)

Article 10.20: Conduct of the Arbitration

10. If a separate multilateral agreement enters into force as between the Parties that establishes an appellate body for purposes of reviewing awards rendered by tribunals constituted pursuant to international trade or investment arrangements to hear investment disputes, the Parties shall strive to reach an agreement that would have such appellate body review awards rendered under Article 10.26 in arbitrations commenced after the multilateral agreement enters into force as between the Parties.

Annex 10-F Appellate Body or Similar Mechanism

1. Within three months of the date of entry into force of this Agreement, the Commission shall establish a Negotiating Group to develop an appellate body or similar mechanism to review awards rendered by tribunals under this Chapter. Such appellate body or similar mechanism shall be designed to provide coherence to the interpretation of investment provisions in the Agreement. The Commission shall direct the Negotiating Group to take into account the following issues, among others:
 - (a) the nature and composition of an appellate body or similar mechanism;
 - (b) the applicable scope and standard of review;
 - (c) transparency of proceedings of an appellate body or similar mechanism;
 - (d) the effect of decisions by an appellate body or similar mechanism;
 - (e) the relationship of review by an appellate body or similar mechanism to the arbitral rules that may be selected under Articles 10.16 and 10.25; and
 - (f) the relationship of review by an appellate body or similar mechanism to existing domestic laws and international law on the enforcement of arbitral awards.
2. The Commission shall direct the Negotiating Group to provide to the Commission, within one year of establishment of the Negotiating Group, a draft amendment to the Agreement that establishes an appellate body or similar mechanism. On approval of the draft amendment by the Parties, in accordance with Article 22.2 (Amendments), the Agreement shall be so amended.