

投資家対国家の紛争解決 条項(ISDS条項)のインセン ティブ構造

東京大学大学院総合文化研究科

准教授 清水 剛

tshimizu@waka.c.u-tokyo.ac.jp

-
- はじめに
 - ISDS条項をめぐる議論
 - 投資協定仲裁の手続
 - ISDS条項のモデル分析
 - ディスカッション
 - 中立性と判断の安定性
 - 仲裁と裁判の選択可能性
 - いくつかの典型的な状況
 - ISDS条項の問題点と対応

□ 自己紹介

- 東京大学大学院総合文化研究科・教養学部准教授。2000年、東京大学大学院経済学研究科博士後期課程修了、博士(経済学)。東京大学大学院総合文化研究科専任講師、助教授を経て現職。
- 専門は経営学、法と経済学。経営学については日本型企业システムの研究、及び企業経営と法制度の相互作用の研究(法人、コンプライアンス、企業の社会的責任(CSR)、組織事故)。法と経済学については紛争解決メカニズム・制裁の経済学的分析(WTO紛争解決メカニズム、投資協定仲裁、刑事制裁)

-
- 今回の報告は、基本的には拙稿『投資協定仲裁手続のインセンティブ設計』経済産業研究所ディスカッションペーパー08-J-28及び“*Incentive Design of Investment Arbitration Procedures,*” paper presented at the 2011 Institution and Economics International Conference, “*Institution, Law, and Economic Development,*” August 17, 2011, Fukuoka International Congress Center, Fukuoka, Japan に基づいているが、新しい内容を加えている。

はじめに

- 本日の主たる話題：投資家対国家の紛争解決 (Investor-State Dispute Settlement, ISDS もしくはISD)条項
 - 戦略的パートナーシップ協定(TPP)をめぐる議論のなかで急に論点として浮上してきた
 - ISDS条項については様々な批判：「国家主権が犯される」「中立性に欠け、かつ、十分な審理が為されない」「海外の投資家に対して国内投資家よりも強い保護を与える」
 - 各国でのISDS条項に対する否定的態度

■ 各国でのISDS条項に対する否定的態度

- オーストラリア：米国とのFTAにISDS条項を含めず。今後もISDS条項をFTAに含めない方針。
- 韓国：米韓FTA交渉においてISDS条項に対する批判が高まる
- フィリピン：日本とのFTAにISDS条項を含めず
- 日本...？

-
- 本当にこのような批判は妥当なのだろうか？ どのような制度設計が好ましいのか？
 - 可能であれば、多国間投資協定におけるISDSのあり方についても検討する。

ISDS条項をめぐる議論

□ ISDS条項に対する批判

- 国家主権が犯される: 投資受入国の政策に対して投資家が仲裁付託を通じて干渉することができる?
- 中立性に欠け、かつ、十分な審理が為されない
- 海外の投資家に対して国内投資家よりも強い保護を与える

-
- (1) 国家主権が犯される? : 必ずしも意味が明確ではないが、国家の政策的な措置が投資協定違反と考えられる場合には仲裁付託は可能。
 - ただし、国家の正当と考えられる行為については、一般には例外条項を設けて、正当な政策目的である場合には協定違反にならないようにしている(e.g. 日本・ベトナム投資協定15条)。
 - しかし... 仲裁廷の判断が不安定な場合には問題が残るかもしれない→ 仲裁のメカニズムを考えてみる必要
 - E.g., アルゼンチン経済危機をめぐる一連の仲裁判断(川瀬剛志『投資協定における経済的セーフガードとしての緊急避難』)

-
- (2)中立性に欠け、かつ、十分な審理が為されない
 - 上訴手続を持たないのは事実だが、先行する仲裁例は実際には尊重される。また、審理においては中立性を保障するような手続がとられる。
 - むしろ、投資受入国の国内裁判所が公平な判断をしないというのが投資協定仲裁の導入理由だったのでは？
 - ただし、仲裁廷の判断の安定性については若干の疑問が残る→この点については仲裁手続を少し細かく見てみる必要がある。

-
- (3) 海外の投資家に対して国内投資家よりも強い保護を与える
 - 仲裁と国内裁判の両方を選択できる(国内投資家は仲裁は利用できない)ことが問題→メカニズムの問題
 - 実体法上の保護のレベルが違う? : そのようなことがまったくなかったわけではない(そもそも、投資協定ができた経緯が投資家の保護を目的としているため)が、一定の投資保護がなされている場合にはあまり重要ではない。
 - E.g., 「公正かつ衡平な待遇(fair and equitable treatment)」: 海外の投資家に対して一般国際法上の最低基準の待遇を与えることを求める条項

-
- 仲裁手続の中身を整理したうえで、仲裁のメカニズム(制度設計)をゲーム理論を使ったモデルで検討してみよう。

□ モデルから得られる結論

- (1) 仲裁は、場合によっては投資家の利益を保護するための強力なツールであることもあるが、常にそうであるわけではない。一方、仲裁が投資受入国にとって好ましい場合もしばしば見られる。
- (2) 仲裁と国内裁判が選択可能であることは、常に投資家にとって有利に、投資受入国にとって不利に働く。

-
- (3) 仲裁における判断の安定性が低い場合に、仲裁を導入することは、投資家が自分にとって不利な案件を仲裁に訴えるという行動を引き起こす。
 - これは、上記のような場合には、投資協定上正当な行為と考えられる可能性の高い措置が、仲裁廷に持ち込まれ、仲裁判断の不安定性により協定違反であると判断される可能性があることを意味する。

投資協定仲裁の手続

- 協議
- 仲裁付託
- 仲裁廷の設置
- 審理・判断
- 取消・再審申立
- 執行

□ 協議

- 友好的な解決を図るために3ヶ月から6ヶ月程度の協議期間が設けられている

□ 仲裁付託

- 投資協定の締約国は事前に仲裁付託に対して包括的な合意を与えている→投資家は一方的提訴が可能(投資家の提訴により仲裁付託の合意が成立する)
- 一方で、国内裁判による救済の可能性は常に存在→国内裁判と投資協定仲裁との関係が問題になる。通常は両方が平行しないよう規制をかける。

-
- 国内裁判と投資協定仲裁との関係(阿部, 2007)
 - 二者択一型(fork in the road型):どちらかに提訴する時点で選択、その後は変更不可
 - 国内救済手続放棄型(No U-turn型):国内裁判を行っても、その追行を放棄すれば仲裁手続に提訴可
 - 以上二つは国内裁判と投資協定仲裁との選択が可能

-
- 国内救済先行型：国内裁判所において一定の期間内に解決しない場合、もしくは国内裁判所による最終的な判決の後も紛争が継続している場合に仲裁に付託可能
 - 国内裁判と投資協定仲裁との選択は不可能
 - これ以外に、国内裁判と投資協定仲裁との平行を認める投資協定もある。

□ 仲裁手続の選択

- 仲裁手続そのものにもいくつかの選択肢が与えられる
 - ICSID仲裁
 - ICSID追加手続規則に基づく仲裁
 - UNCITRAL仲裁規則に基づくアドホック仲裁
 - 商事仲裁機関(国際商業会議所(ICC), スtockホルム商業会議所(SCC)等)による仲裁

□ 仲裁廷の設置

- 仲裁人は1名もしくは3名
- 3名の場合、まず当事者が1名ずつ選任する。仲裁廷の長となる第3仲裁人は当事者の合意(ICSID)もしくは2名の仲裁人(UNCITRAL)により選任される。
- 仲裁人の選任において中立性を確保するための手続(中立性に対する考慮、国籍に関する規定、忌避手続)

- 国際法学者

- James Crawford (ケンブリッジ大学教授, SGS v. Philippines), Antonio Crivellaro(パドヴァ大学教授, SGS v. Philippines), Francisco Orrego Vicuña (チリ大学教授, Maffezini v. Spain)

- ICJ他の裁判官

- Thomas Buergenthal (ICJ判事, Maffezini v, Spain)

- 国際経済法の専門家

- Florence P. Feliciano (フィリピン最高裁判事・WTO上級委員, SGS v. Pakistan), Maurice Wolf (Wolf, Arnold and Cardoso, Maffezini v. Spain)

- 国際商事仲裁の専門家

- André J. Faurès (Coudert Brothers LLP, SGS v. Pakistan), J. Christopher Thomas(Keating Chambers, SGS v. Pakistan), Ahmed S. El-Kosheri (Kosheri, Rashed and Riad, ICJ アドホック裁判官, SGS v. Philippines)

□ 審理・判断

- 中立性の確保
- 投資受入国の法及び国際法を適用する(ICSID条約42条1項)が、最近では国際法が主として適用される。
 - Wena Hotels 事件(Wena Hotels Ltd v Arab Republic of Egypt , ICSID ARB/98/4, Award (Dec 8, 2000))までは、投資受入国のほうを原則として適用するものと考えられてきた。米谷三以『適用法規-国際法の直接適用とその合意』
- 管轄権に関する抗弁→先決問題として審理することが多い
- 仲裁判断は終局的(取消・再審の場合を除き)で両当事者を拘束する。

□ 取消・再審申立

- 仲裁手続における重大な瑕疵や仲裁廷の権限踰越、仲裁可能性の欠如といった場合には仲裁判断の取消を求めることができる
- ICSID仲裁の場合には、取消申立を審理する特別委員会が設置される。その他の場合には、仲裁地裁判所に取消申立がなされる(ICSID追加手続規則の場合を含む)。
- ICSID仲裁の場合、決定的な事実が後から出てきた場合に再審を求めることもできる。

□ 執行

- ICSID仲裁の場合にはICSID条約に基づいて執行が行われる(拒否はできない)。
- そのほかの場合には、ニューヨーク条約(外国仲裁判断の承認及び執行に関する条約)にしたがって他国でも承認・執行を求めることができる(ただし、いくつかの場合には承認・執行を拒否できる)。

□ 多国間投資協定の場合

- MAI草案、エネルギー憲章条約、NAFTAやTPP等の多国間FTAの投資章etc.
- ISDSについては基本的な構造は同じ
- 適用法については、投資受入国法を原則とする伝統的な考え方とは異なり、多国間投資協定では協定他の国際法を適用することが多い。

-
- NAFTA Art.1131: A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law.
 - MAI final draft Art. D, para. 14. subpara. a.: Issues in dispute under paragraph 1.a. of this article shall be decided in accordance with this Agreement, interpreted and applied in accordance with the applicable rules of international law
 - Energy Charter Treaty Art.26, para.(6): A tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law

ISDS条項のモデル分析

□ 視点の設定

- どのような視点から仲裁のメカニズムを分析すればよいか？ :ここでは、**中立性と判断の安定性**に焦点を当てる。

□ 中立性

- 投資受入国の裁判所が政府に有利な判決を下す
 - E.g.)中国では、裁判所の行政機関からの独立性が(特に地方において)必ずしも達成されていない(梶田, 2007)
- 投資受入国の法は一般に政府に有利な形でできている。これに比べ、国際法を適用する仲裁廷のほうが一般的には「中立」的であると考えられる。

□ 判断の安定性

- 判断が首尾一貫し、安定している程度
- 判断の安定性が低ければ、裁判所あるいは仲裁廷は同じような案件に対して違う判断をするかもしれない。この場合には、片方の当事者が勝訴する確率が五分五分に近づいていく。
 - 法システムそのものの一貫性：判断の蓄積が進むにつれ、一貫性は高まっていく
 - 裁判官・仲裁人の判断能力：発展途上国などでは、裁判官が必ずしも法曹としての十分な訓練を受けていない→判断がバラバラになる恐れ

-
- 投資協定に関連して言えば、この二つが、投資協定仲裁と国内裁判を分ける大きな違いになっている→この二つに注目し、国内裁判と比較することで、投資協定仲裁の特徴を分析することができる

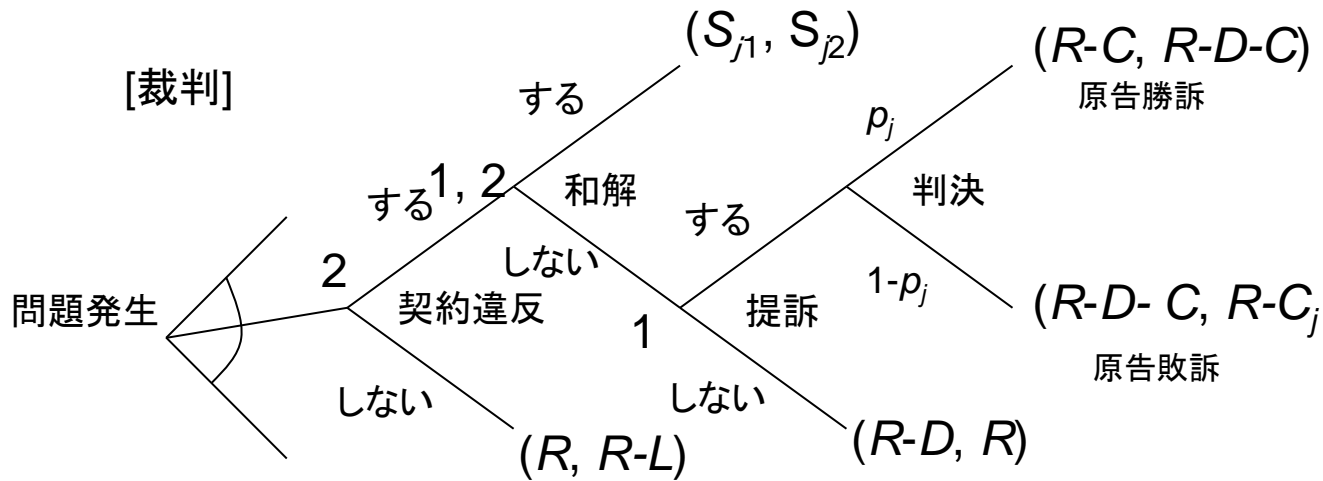
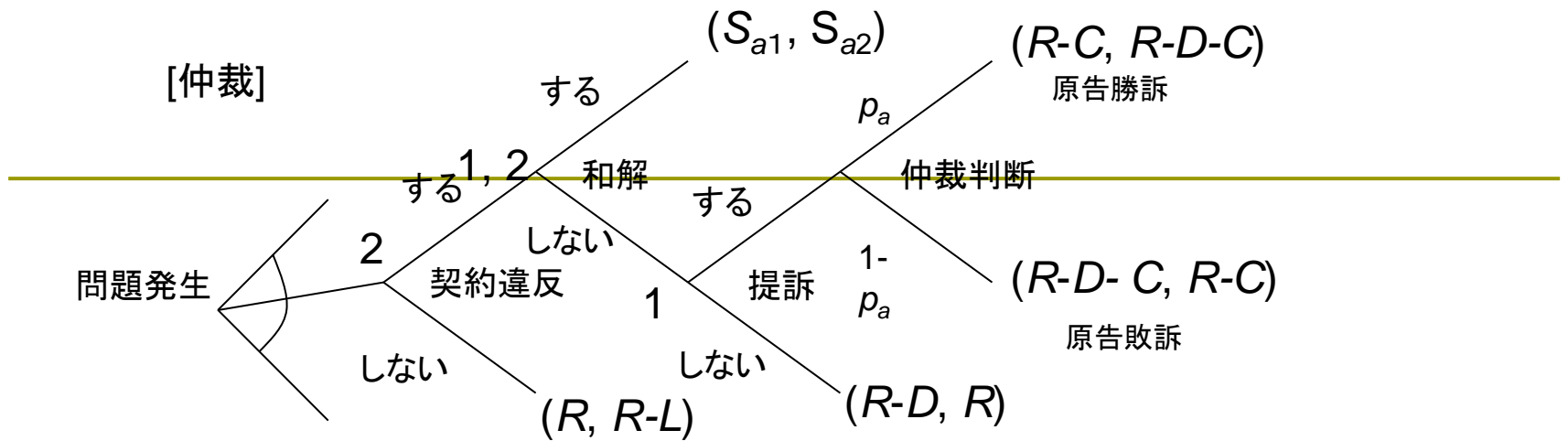
□ モデル

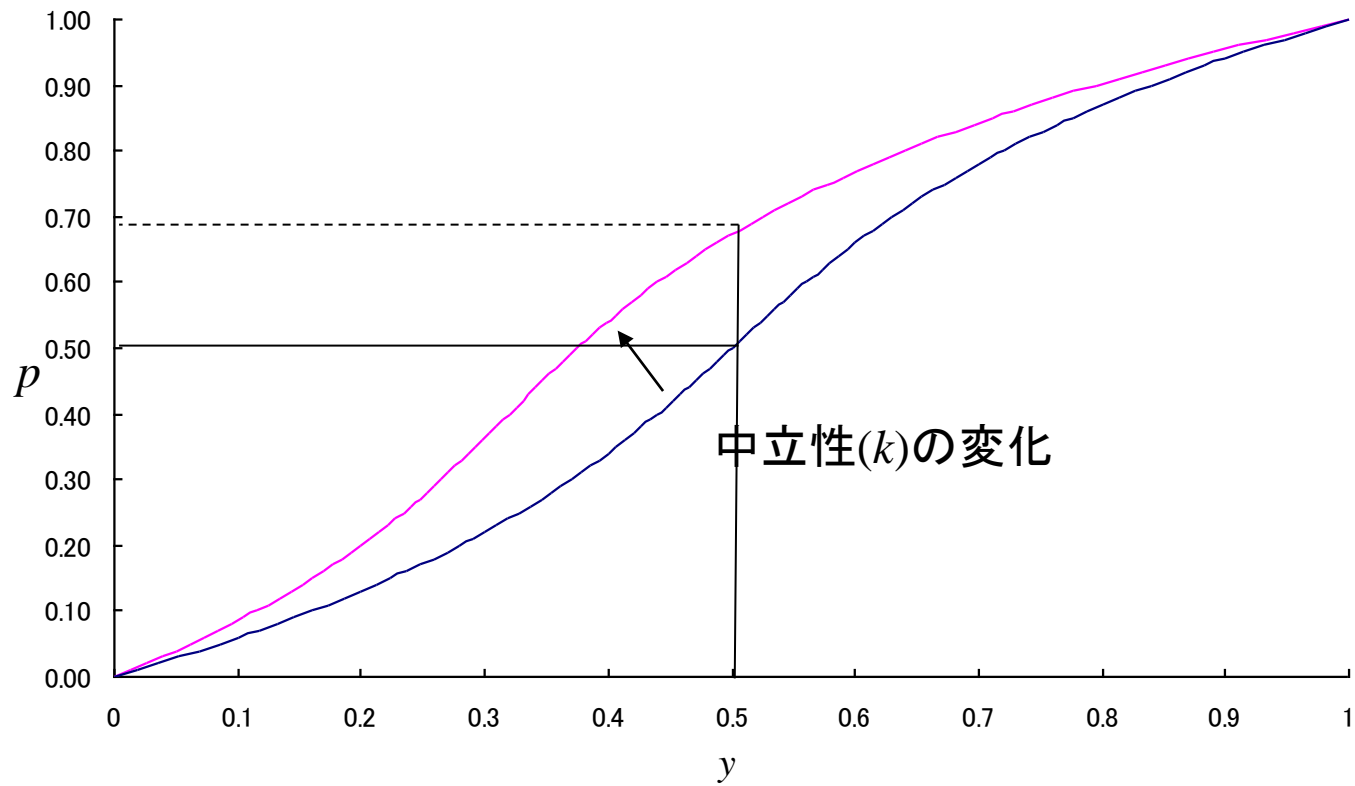
- Player 1(投資家), Player 2(投資受入国政府)
- Player 1は投資を既に行っている(e.g., 化学工場、発電所)。
- その後問題(e.g., 環境問題や経済危機)が発生。Player 2は問題に対して対応策(規制の強化)をとるかどうかを決定する。対応策をとればPlayer 1の投資財産に損失が発生(工場の閉鎖を余儀なくされるなど)
- 損失が発生すれば、まず両当事者が和解をするかどうか決定。和解をしない場合、Player 1は投資協定に認められた手続(国内裁判、投資協定仲裁)に提訴するかどうかを決定。両方が選択可能であれば当該案件に関して勝訴確率の高い方に提訴する。

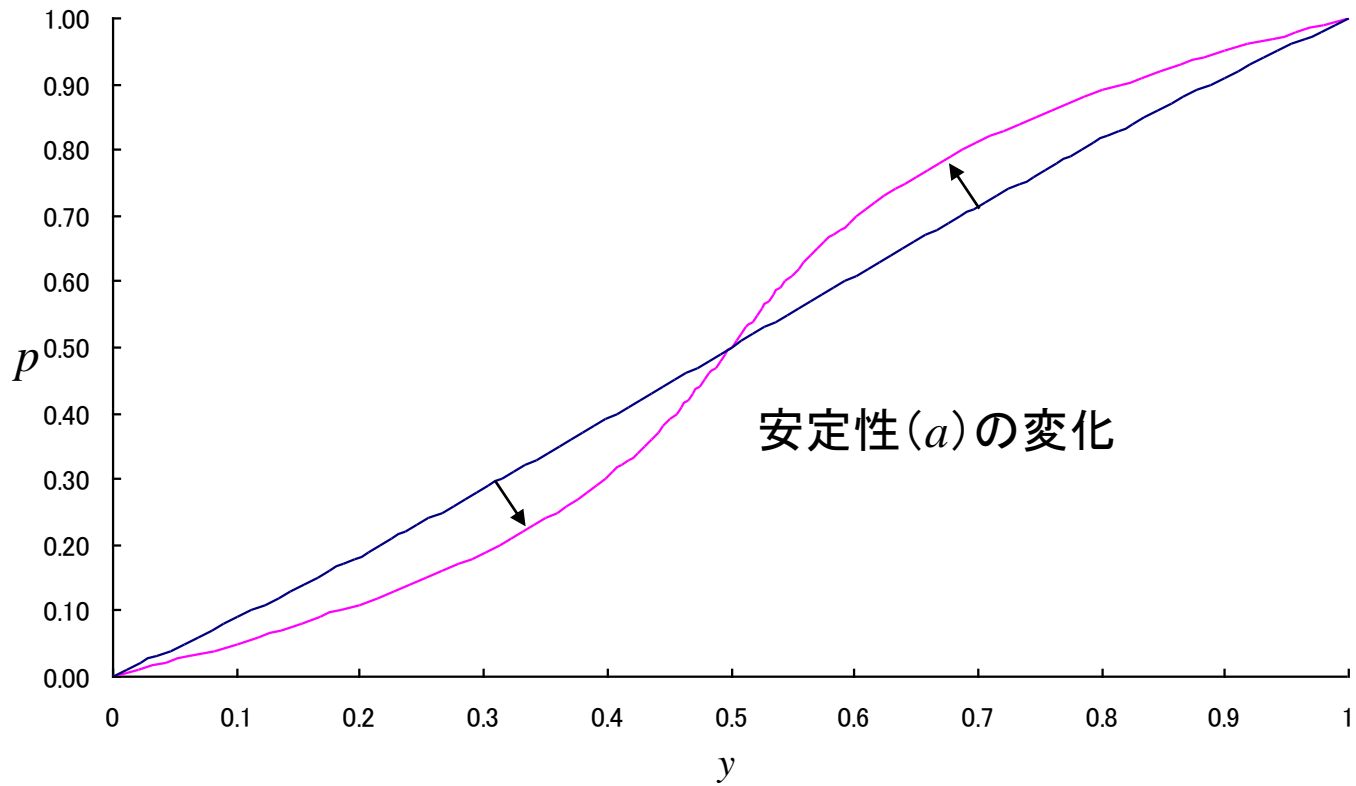
- 勝訴確率(p)は裁判所・仲裁廷の中立性、判断の安定性及び当該案件の「対応策が正当化される程度」によって決定される。
 - 「対応策が正当化される程度(y)」: 各案件に固有の事情を裁判所が評価して、一次元の尺度にまとめたもの。
 - この「対応策が正当化される程度」(各案件の固有の事情)を勝訴確率に変換する関数があり、この関数の形状が中立性と判断の安定性により決まる。
 - 他の条件を一定とした時に、裁判所・仲裁廷が非中立的であれば原告の勝訴確率は中立的な場合に比べ上下する。また裁判所・仲裁廷の予測可能性が高ければ、勝訴確率は0もしくは1に近づく。
- 裁判所・仲裁廷は上のように定められた勝訴確率に従って判断を下し、原告勝訴の場合には原告は損害額に相当する額の賠償を得ることができる。

□ 仮定

- 対応策による損害額、対応策によりPlayer 2が得るベネフィット、「対応策が正当化される程度」、裁判所・仲裁廷の中立性、予測可能性等は全てあらかじめ与えられており、かつ当事者はそれを知っているものとする。
 - 実際には損害額の算定はそれ自体が大問題であり、また問題の「深刻さの程度」なども意見が食い違いうだろうが、単純化のためここでは捨象する。
- 訴訟・仲裁費用は両当事者で同じとし、それぞれがそれぞれの費用を負担するものとする。訴訟・仲裁でも同じ費用とする。





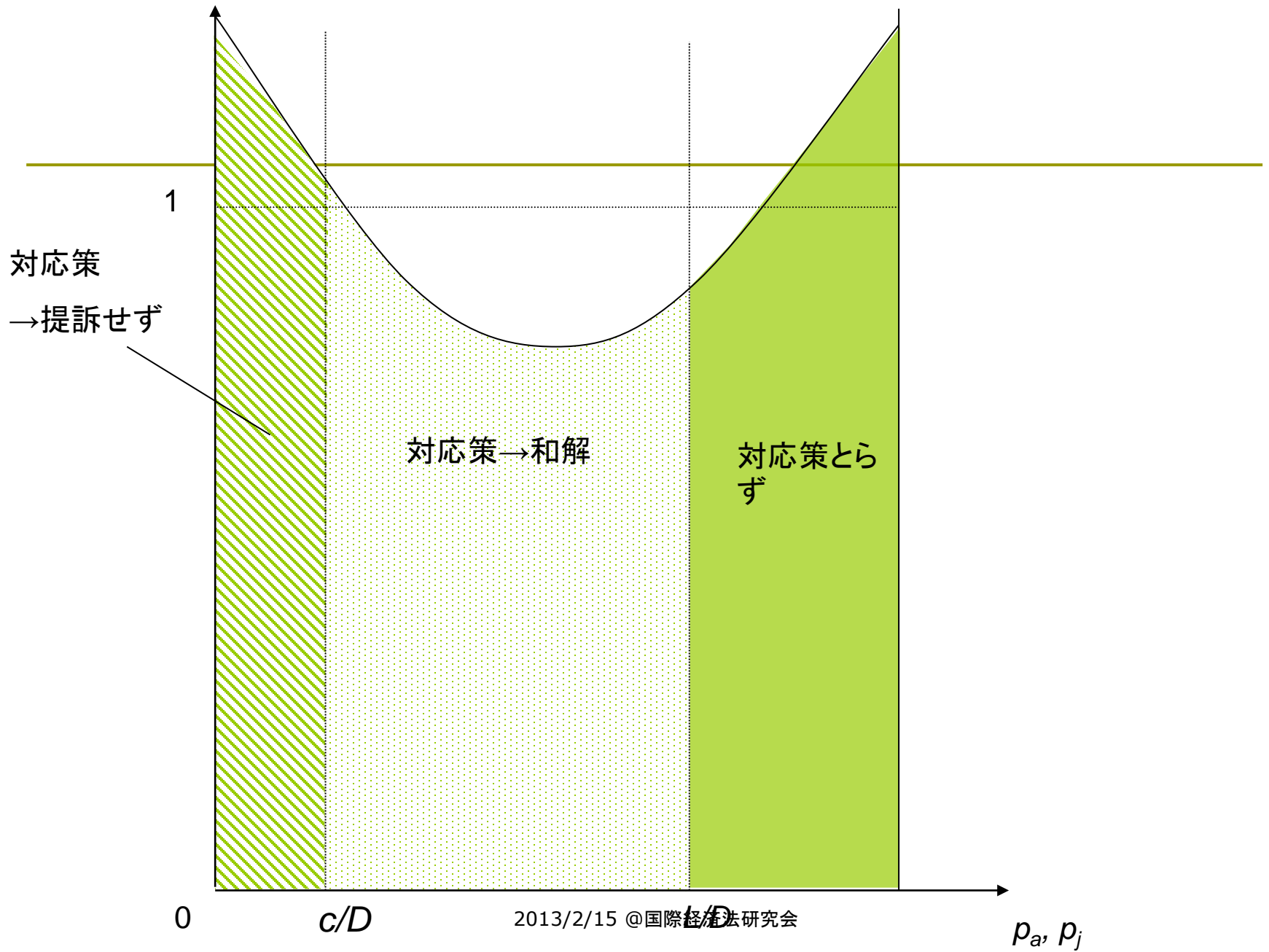


-
- このような状況を想定し、かつ発生しうる問題の「深刻さの程度」には様々なものがあり得ることを想定した上で、投資協定仲裁は投資家や投資受入国政府にどのようなインセンティブを与えるか、またそのようなインセンティブは、裁判所と仲裁廷の中立性・予測可能性によってどのような影響を受けるだろうか、裁判と仲裁の選択可能性はどのような影響を与えるだろうか、を考える。

-
- まず、ある問題が発生した時に起こりうる結果を整理してみると...
 - 起こりうる結果は3つのみ
 - (a) Player 2は契約を終了させ、Player 1は提訴しない
 - (b) Player 2は契約を終了させ、Player 1は提訴し、和解が成立
 - (c) Player 2は契約を終了させない
 - 以上の結果の内どれが生じるかは、裁判所もしくは仲裁廷における当該案件の勝訴確率、仲裁・訴訟費用、対応策をとることによって Player 2(投資受入国政府)が得られるベネフィット、対応策によって Player 1(投資家)の被る損害の4つによって決まる。

-
- どの場合も裁判・仲裁は行われない。
 - これは、勝訴確率や損害額に関して当事者が同じ認識を持っていることによる。実際には当然認識がずれるために裁判・仲裁まで行く事件が存在する。
 - 裁判・仲裁費用そのものは直接的なコストとならない

-
- 仲裁が投資家にどのようなインセンティブを与えるかは、問題が発生する後ではなく、問題が発生する前に仲裁を利用することでどのようなベネフィットが投資家にもたらされるかを考えなくてはいけない。
 - さまざまな案件が発生することを前提として、「どのような勝訴確率の案件がどの程度の頻度で発生するのか」ということを考える。
 - もともと、「対応策が正当化される程度」が一様分布にしたがって発生し、それぞれの案件について、中立性と判断の安定性により定まる関数が、「対応策が正当化される程度」と「勝訴確率」の対応関係を定めるため、「勝訴確率」に対して案件がどのような確率で発生するかを考えることができる。



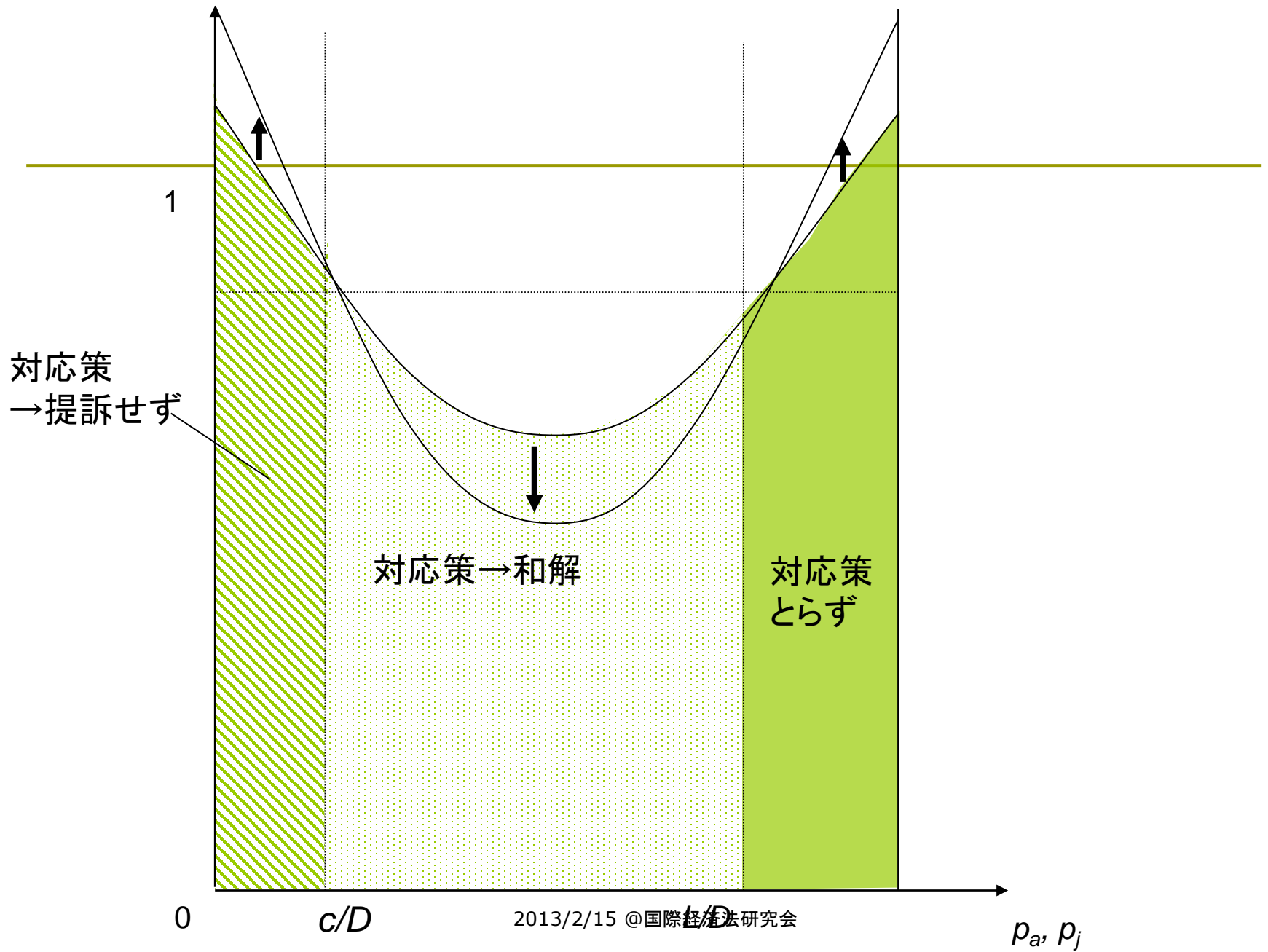
□ 中立性の変化

- もし投資受入国の国内裁判所が政府寄りであり、仲裁廷が中立であれば、仲裁を利用できることは投資家にとってプラスになる。

□ 安定性の変化

- 仲裁廷の方が裁判所に比べ、判断の安定性が高いならば、そのことは投資保護にプラスの効果を持つと考えられているように見える。
- しかし、実際には仲裁廷が高い安定性を持つとしても、そのことは投資家にとってプラスになるとは限らない。むしろ、仲裁廷の高い安定性は投資受入国にとってしばしばプラスの効果を持つ。

-
- 高い安定性は、当事者にとっては「勝ちそうな」案件と「負けそうな」案件を区別できることを意味する。
 - 高い安定性を持つ裁判所あるいは仲裁廷においては、投資家は「負けそうな」案件についてそもそも提訴しない。また、投資受入国政府は自分が負けそうな案件において投資家に被害を及ぼすような措置をとらない。
 - むしろ、「負けそうな」案件においては、投資家は「確実に負ける」仲裁廷より、「たまたま勝ってしまうかもしれない」国内裁判所に持ち込む。
 - この結果、投資家にとってはこの両方の効果が打ち消しあって、仲裁導入が必ずしもメリットをもたらさない。
 - 逆に、投資受入国政府にとっては、「負けそうな案件」において措置をとらなくなることのデメリットよりも、「勝ちそうな案件」で投資家が提訴しなくなることの効果が大きい場合がある（措置をとることによって回避できる損害が比較的小さい場合があるため）



□ 仲裁と裁判の選択可能性

- Fork in the road条項やNo U-turn条項を使うことで、投資家はそれが好ましい時には仲裁を使い、そうでないときには国内裁判所を使うことができる。
- すなわち、必ず勝訴確率が高いほうを選択できる→いかなる場合であれ、これは投資家にとって有利に働く
- 逆に、投資受入国政府にとっては、常に勝訴の確率が低くなるため、常に不利に働くことになる。

-
- いくつかの典型的な状況
 - (a)非中立的で判断の安定性の低い裁判所と中立的で安定性の高い仲裁廷
 - 伝統的な投資協定で想定されていた状況
 - この場合には、仲裁を導入することが常に投資家にとって望ましいとは限らない(投資家に不利な案件については、仲裁廷は投資家を敗訴させる。一方、裁判所は判断の安定性が低いために投資家を勝たせてしまう可能性がある)。
 - 仲裁廷の利用は投資受入国政府にとって有利に働く可能性がある。

-
- (b)非中立的だが判断の安定性の高い裁判所と中立的で安定性の高い仲裁廷
 - 裁判官の訓練が進んでいるが、政府の影響力が強い国では発生しうる。
 - あるいは、裁判官が偏見を持っている場合にも発生しうる e.g.)
Loewen v. United States, ICSID ARB(AF)/98/3
(Award, June 26, 2003).
 - このような場合には、仲裁が投資家保護にとって強力なツールとなる(強力なツールとなるのは(a)ではなく(b)の場合である)。

-
- (c) 中立的で安定性の高い裁判所と中立的だが(相対的に)安定性の低い仲裁廷
 - 既に触れたように、実際には仲裁廷の判断が揺れている部分があり、必ずしも判断の安定性が高いとは限らない。
 - この場合、仲裁の導入は投資家が自分にとって不利な案件を仲裁に訴えるという行動を引き起こす。
 - すなわち、投資協定上正当な行為と考えられる可能性の高い措置が、仲裁廷に持ち込まれ、仲裁判断の不安定性により協定違反であると判断される可能性があることを意味する。

ISDS条項の問題点と対応

□ ISDS条項の機能と問題点

- 投資保護という観点で言えば、ISDS条項は仲裁と裁判を選択可能にすることにより投資家保護の機能を果たす。
- 逆に言えば、仲裁と裁判が選択可能である場合、(国内裁判しか利用できない国内の投資家に比べ)海外の投資家は常により高い水準の保護を受けていることになる。
- 仲裁廷の判断の安定性が低い場合には、国家の正当と考えられる行為が仲裁で投資協定違反とされる可能性があることになる。

□ 問題への対応

- 投資家をひきつけるという点からは、投資受入国が裁判と仲裁の選択可能性を排除することは難しい。
- あとは、海外投資家から訴えられる可能性、とりわけ「国家の正当と考えられる行為」を訴えられる可能性を引き下げるしかない。
- この場合には、(i)条約締結の際に、「国家の正当な行為」について詳細な規定を加える(立法による判断の安定性の向上)、(ii)自己的に締約国間で公権的な解釈を出す(解釈による安定性の向上)、(iii)国際法を適用法とすることによって判例の蓄積を促す(判例による安定性の向上)

□ (a)立法による判断の安定性の向上

- 基本的には「国家の正当と考えられる行為」の場合には措置が正当化されるという条文をいれ、かつその場合に仲裁廷や裁判所がそれを適用できるように明確な基準を作ればよい。
- 仲裁と裁判の両方が選択可能であっても、立法レベルでの対応であれば両方において判断の安定性を引き上げることができる→場合によっては投資受入国に有利。

□ E.g., 米韓FTA

- 間接収用(国有化のような直接の措置ではなく、政府の措置により投資資産に損害が生じた場合)について、具体的な基準を付属書に示す(Annex 11-B)。とりわけ公共福祉目的の政府規制は間接収用に該当しないことを示し、また租税措置も一般に間接収用に該当しないことを示す(Annex 11-F)。内国民待遇や最恵国待遇についても、非合致措置(non conformity measures)を付属書(Annex I, II)に明示。

□ (b) 解釈による判断の安定性の向上

- 締約国政府に公権的解釈をする余地を与え、問題が起きれば解釈を明文化する。
 - NAFTA Art. Article 1131, para.2: An interpretation by the Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section.

□ (c)判例による安定性の向上

- 適用法を国際法とし、従来の仲裁判断例を先例として利用することにより、判断の安定性が向上する。
- ただし、BITが二国間であるために、細かい条文の差が判例に対して影響を及ぼすかもしれない。

□ 多国間投資協定？

- 同じ協定に依拠する→判例による安定性の向上を促す
- 統一の条文に依拠する→BIT毎の条文の細かい差の影響をなくす
- 保護のレベルが統一される

ありがとうございました

ご質問やコメント等は

tshimizu@waka.c.u-tokyo.ac.jp

までお願いいたします