

「投資条約ネットワーク」が投資条約の 改廃にもたらす影響

— Swissbourn 対レトト事件を題材として —

二 杉 健 斗

I. 問題の所在

A. はじめに

国連貿易開発会議（UNCTAD）によれば、2017年は、1年間に締結された投資条約（IIA：International Investment Agreement）の総数が同じ時期に終了したIIAの総数を下回った統計史上初めての年であった⁽¹⁾。1990年代から急増したIIAは現在では3300本以上を数えるが、その改廃⁽²⁾が近年活発化している。例えば、インドネシア⁽³⁾、南アフリカ⁽⁴⁾、エクアドル⁽⁵⁾等は自国のIIAの全廃へ舵を切っている。

この要因の1つは、IIAに基づく投資家対国家間の仲裁（投資仲裁）に対する批判の蓄積にある。UNCTADは、新たに締結するIIAの内容改善をIIA改革の「フェーズ1」と位置づける一方、その「フェーズ2」として、改廃等による「既存の旧世代の条約の現代化」を提唱している⁽⁶⁾。もう1つの要因として、欧州連合（EU）では、経済統合の地理的拡大に伴い、EU構成国同士がEU加入前に締結したIIA（EU域内（intra-EU）IIA）の廢

(1) UNCTAD, *World Investment Report 2018* (United Nations Publication, 2018), p. 88.

(2) 本稿は、「改廃」の語を「有効な条約の内容、効力および適用関係に影響を与える措置」を意味するものとして用い、具体的には、改正、運用停止、終了、廃棄、脱退および後の条約による適用排除を含める。解釈の変更もそれらと類似するが、解釈規則上別個の扱いが必要となるので本稿では扱わない。参照、拙稿「投資条約の解釈統制と投資家の『客観的』国際法主体性(1)－(5・完)」『法学論叢』183巻5号（2018年）・184巻1号（同年）・184巻5号（2019年）・185巻2号（同年）・185巻5号（同年・近刊）。

(3) Antony Crockett, "Indonesia's Bilateral Investment Treaties: Between Generations?", *ICSID Review*, Vol. 30, No.2 (2015); David Price, "Indonesia's Bold Strategy on Bilateral Investment Treaties: Seeking and Equitable Climate for Investment?", *Asian Journal of International Law*, Vol. 7 (2017).

(4) Mohammad Mossallam, "Process Matters: South Africa's Experience Exiting its BITs", *GEG Working Paper 2015/97* (2015) <<https://www.geg.ox.ac.uk/publication/geg-wp-201597-process-matters-south-africas-experience-exiting-its-bits>>.

(5) Cecilia Olivet, "Why Did Ecuador Terminate All Its Bilateral Investment Treaties?", 25 May 2017 <<https://www.tni.org/en/article/why-did-ecuador-terminate-all-its-bilateral-investment-treaties>>.

(6) UNCTAD, *World Investment Report 2017* (United Nations Publication, 2017), p. 126.

棄が目指されている⁽⁷⁾。

こうした条約の「間引き」は、それ自体直ちに国際法上の問題を惹起するものではない。IIAは通常、一当事国の通告による終了を明示的に認めており（後述I-A(1)。参照、条約法条約54条a）、全（両）当事国の合意によって改廃することもできる（同39条・54条b・57条b・59条）。その他の事由による一方的な終了および運用停止も可能である（同60-64条）。

しかし、IIAは投資家という第三者に権利⁽⁸⁾を与えるため、国がそれを自由に剥奪できるのか議論されてきた。先行研究は、当該IIAの規定および一般国際法上の制約の有無を検討してきた⁽⁹⁾。これに対し本稿は、Swissbourgh対レソトという最近の事例を題材に、

- (7) 2018年、EU司法裁判所はオランダ・チェコスロヴァキアBITの投資仲裁条項がEU条約に抵触すると判断した。*Slowakische Republik c. Achmea BV*, l'affaire C-284/16, 6 mars 2018, par. 58. 参照、中西優美子「EU 構成国間の投資協定とEU法の自律性」『自治研究』95巻1号（2019年）98頁。これを受けて、EU構成国は域内IIAの全廃を進めることを宣言した。*Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019, on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*, para. 5 <https://ec.europa.eu/info/publications/190117-bilateral-investment-treaties_en>.
- (8) 投資家がIIA上権利を有する国際法主体なのか、それとも本国の権利を代位行使するにとどまるのか、依然として議論がある。本稿では、学説および実行上は前者が有力であり、権利の具備を前提とした上でその性質および限界を議論することが有益であるとの認識から、仮説的に前者の理解に立って検討を進める。この問題については、さしあたり次を参照。伊藤一頼「国際投資法における責任の性格」・岩月直樹「国際投資保護協定における投資家とその本国との法的関係——保護対象としての本国に対する従属性と紛争当事者としての主体性に関する一考察——」江藤淳一（編）『国際法学の諸相——到達点と展望——〔村瀬信也先生古稀記念〕』（信山社、2014年）。
- (9) この問題を直接の主題とする論稿のみ挙げる。James Harrison, “The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 13 (2012), p. 928; Federico M. Lavopa, Lucas E. Barreiros & M. Victoria Bruno, “How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 16 (2013), p. 869; Frédéric G. Sourgens, “Keep the Faith: Investment Protection Following the Denunciation of International Investment Agreements”, *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 11, No. 2 (2013), p. 335; Tania Voon, Andrew Mitchell & James Munro, “Parting Ways: The Impact of Mutual Termination of Investment Treaties on Investor Rights”, *ICSID Review*, Vol. 29, No. 2 (2014), p. 451; Karsten Nowrot, “Termination and Renegotiation of International Investment Agreements”, in Steffen Hindelang & Markus Krajewski (eds.), *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified* (Oxford University Press, 2016), p. 227; Fernando Lusa Bordin, “Reasserting Control through Withdrawal from Investment Agreements: What Role for the Law of Treaties?”, in Andreas Kulick (ed.), *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime* (Cambridge University Press, 2016), p. 209; Clemens Wackernagel, “The Twilight of the BITs? EU Judicial Proceedings, the Consensual Termination of Intra-EU BITs and Why that Matters for International Law”, *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, Heft 140 (2016), p. 1. なお、EU法上の保護についても検討するものとして、YiKang Zhang, “Mutual Termination

「IIA ネットワーク」の形成により国家の改廃権限が影響を受ける可能性を検討する。これにより、投資家の国際法的地位について実践的および理論的示唆を得るとともに、今後の研究課題を明らかにする。

B. 先行研究

少なくとも仲裁合意成立後（仲裁手続開始後を含む）のIIA改廃が仲裁手続きに影響しないことは一般に認められている⁽¹⁰⁾。投資紛争解決条約（ICSID条約）25条1項後段は、「両当事者が〔仲裁への〕同意を与えた後は、いずれの当事者も、一方的にその同意を撤回することはできない」と定め、仲裁合意の撤回不可能性を認める⁽¹¹⁾。非ICSID条約仲裁についても、例えば国連商取引法委員会（UNCITRAL）国際商事仲裁モデル法8条は「合意が無効、失効（inoperative）又は履行不可能であると認める場合」を除き、仲裁合意の効力を認める⁽¹²⁾。この場合、IIAの改廃が当該合意の解除条件となることが証明されない限り、仲裁合意の効力は存続する⁽¹³⁾。

それ以外の場合については、IIAの終了規定(1)と一般国際法(2)の両方について議論がある。これに対し、本稿は「IIA ネットワーク」が投資家の権利保護において果たす役割に注目する（次節C）。

(1) 残存条項

IIAは通常、①発効後一定の期間は条約の存続を保障した上で、②その後は一当事国の一方的通告による終了を認める一方で、③残存条項（survival clause; sunset clause）と呼ばれる規定により既存の投資家を保護している⁽¹⁴⁾。例えばアルゼンチン・日本BIT32条の

of Sunset Clauses in Intra-EU BITs: The Search for Investor Protections”, *The American Review of International Arbitration*, Vol. 29, No. 2 (2018), p. 173.

(10) James D. Fry & Odysseas G. Repousis, “Intertemporality and International Investment Arbitration: Protecting the Jurisdiction of Established Tribunals”, *Arbitration International*, Vol. 31, No. 2 (2015), p. 237.

(11) Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 575 *U.N.T.S.* 159, Art. 25. 本条が適用された事例には次のものがある。Bayindir v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005 (Kaufmann-Kohler (chair), Bockstiegel & Berman), para. 178; *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italy*, ICSID Case No. ARB/15/50, Decision on Italy’s Request for Immediate Termination and Italy’s Jurisdictional Objection based on Inapplicability of the Energy Charter Treaty to Intra-EU Disputes, 7 May 2019 (Kalicki (chair), Stern & Santiago Tawil), para. 201.

(12) UNCITRAL アジア太平洋地域センター・グローバル私法フォーラム『これからの国際商取引法——UNCITRAL作成文書の条文対訳——』（2016年）21頁（中村達也訳）<http://uncitralrcap.org/wp-content/uploads/2017/02/all-A4_v2.pdf>。See also, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 330 *U.N.T.S.* 3, Art. 2.

(13) *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna et al.*, 546 *U.S.* 440 (2006), IIA; Reinmar Wolff (ed.), *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - Commentary* - (C.H. Beck, Hart & Nomos, 2012), p. 105.

(14) OECD, “Freedom of Investment Process: Temporal Validity of International Investment

4項がそれに当たる⁽¹⁵⁾。

- 1 [...] この協定は、この協定の効力発生の後十年間効力を有するものとし、その後は、2に定めるところに従って終了する時まで引き続き効力を有する。
- 2 いずれの一方の締約国も、外交上の経路を通じて一年前に他方の締約国に対して書面による通告を行うことにより、最初の十年の期間の終わりに、またはその後いつでも、この協定を終了させることができる。
- 4 この協定の終了の日の前に取得された投資財産に関しては、この協定の規定は、この協定の終了の日から更に十年間引き続き効力を有する。

これにより、少なくとも一方的終了の場合には、既存の投資家の権利は終了後も一定期間存続する。例えば、ロシアは2009年にエネルギー憲章条約の暫定適用を終了したが、同条約の残存条項(43条3項b)により、既存の投資家に対してはさらに20年間適用が続く⁽¹⁶⁾。

しかし、この種の規定についてはいくつかの限界が指摘されてきた。まず、規定それ自体の内在的限界として、「終了」以外の改廃行為(改正や運用停止)は対象とならない⁽¹⁷⁾。また、残存条項は、一方的終了に関する規定に置かれることが多く、合意による終了には適用されないと解釈される可能性がある⁽¹⁸⁾。さらに、残存条項は投資章を有する自由貿易協定(FTA)や経済連携協定(EPA)には置かれにくいことが多い⁽¹⁹⁾。

Agreements: A Large Sample Survey of Treaty Provisions”, DAF/INV/WD (2013) 9/AN/1/REV, 21 November 2013, p. 15; Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed. (Cambridge University Press, 2013), p. 253.

- (15) 投資の促進及び保護に関する日本国とアルゼンチン共和国との間の協定(2018年12月1日署名) <https://www.mofa.go.jp/mofaj/ila/et/page25_001863.html>。
- (16) *Yukos Universal Limited v. Russia*, UNCITRAL Arbitration, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009 (Fortier (chair), Poncet & Schwebel), para. 339.
- (17) よって、終了以外の行為からも投資家を保護する場合は別途規定を置く必要があるが、その例は多くない。Kathryn Godron & Joachim Pohl, “Investment Treaties over Time – Treaty Practice and Interpretation in a Changing World”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2015/02, p. 33 <<http://dx.doi.org/10.1787/5js7rhd8sq7h-en>>.
- (18) Nowrot, *supra* note 9, pp. 254-260. Cf. Harrison, *supra* note 9, pp. 946-947. ただし、特段の検討なく合意による終了への適用を肯定する事例もある。*Eastern Sugar v. Czech*, UNCITRAL Arbitration, SCC No. 088/2004, Partial Award, 27 March 2007 (Karrer (chair), Volterra & Gaillard), paras. 173-174; *Walter Bau v. Thailand*, UNCITRAL Arbitration, Award, 1 July 2009 (Barker (chair), Lalonde & Bunnag), paras. 9.5 & 9.69; *Marco Gavazzi & Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability, 21 April 2015 (Van Houtte (chair), Veeder & Rubino-Sammartano), para. 1, fn. 1.
- (19) そのため、FTA/EPAにおいては既存のBITを運用停止させるとともに、既存の投資はその対象から除外することがある。Morocco-US FTA (2004), Art. 1.2 (3) & (4) <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/morocco-fta/final-text>>; Canada-Peru FTA (2008), Art. 845 <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords->

またいずれにせよ、外在的限界として、残存条項それ自体も合意により改廃され得る⁽²⁰⁾。例えば、アイルランド・チェコ BIT (1996年) は期間10年の残存条項 (13条3項) を有していたが、2011年に交換公文によって終了させられた際、その規定は「今後適用しない (shall not further apply)」との合意がなされた⁽²¹⁾。この方式は、特に EU 域内 BIT の終了合意で多く用いられるようになってきている⁽²¹⁾。

残存条項の改廃は現に投資家に影響を与えている。EuroGas & Belmont Resources 対スロヴァキア仲裁判断 (2017年) では、新 BIT 発効 (2012年) により旧 BIT が終了した際、新 BIT が旧 BIT の残存条項 (期間15年間) の適用範囲を既存の仲裁手続きのみに限定し、かつ新 BIT の遡及適用も3年間に限られたため、本来ならば旧 BIT 上の仲裁に付託できたはずの本件紛争 (2005年発生) について、仲裁の時間的管轄権が否定される結果となった⁽²³⁾。

(2) 一般国際法

一般国際法についても様々な議論がある。

条約法条約70条1項bは、「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」は終了の影響を受けないと定める。また37条2項も、条約が第三国に与える権利の一方的撤回を制限する。しかし、いずれも国家の権利のみを対象としており、私人の権利を直接保護するものではない⁽²⁴⁾。実質的にも、投資家は IIA 当事者ではなく、また第三国と異なり付随的合意に基づき権利を得るわけでもないため、同様に扱っ

commerciaux/agr-acc/peru-perou/fta-ale/index.aspx?lang=eng>; Canada-Panama FTA (2010), Art. 9.38 <<https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/panama/fta-ale/index.aspx?lang=eng>>. これにより、当該 FTA/EPA が終了した場合には直ちに旧 BIT が復活する。UNCTAD, “Phase 2 of IIA Reform: Modernizing the Existing Stock of Old-Generation Treaties”, *IIA Issues Note*, No.2 (2017), p. 12 <<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1804>>.

(20) Aust, *supra* note 14, p. 235; Laurence R Helfer, “Terminating Treaties”, in Duncan B. Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (Oxford University Press, 2012), p. 636; Nowrot, *supra* note 9, pp. 263-264; Voon, Mitchell & Munro, *supra* note 9, pp. 467-468; Zhang, *supra* note 9, p. 186.

(21) Agreement between Ireland and the Czech Republic on the Amendments to the Agreement between Ireland and the Czech Republic for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, signed on 28 June 1996, in Dublin, and on Termination thereof, *Irish Treaty Series No. 26 of 2012*. See, Luke E. Peterson, “Czech Republic Terminates Investment Treaties in such a way as to Cast Doubt on Residual Legal Protection for Existing Investments”, *IAReporter*, 1 February 2011 <<https://www.iareporter.com>>.

(22) Zhang, *supra* note 9, pp. 175-176.

(23) *EuroGas & Belmont Resources v. Slovakia*, ICSID Case No. ARB/14/14, Award, 18 August 2017 (Mayer (chair), Gaillard & Stern), paras. 427 & 457-458.

(24) E.g., Pierre d’Argent, “Article 36 - Treaties Providing for Rights for Third States,” in Olivier Corten & Pierre Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary, Volume I* (Oxford University Press, 2011), p. 930, para. 3; Alexander Proelss, “Article 34 - General Rule Regarding Third States,” in Olivier Dörr & Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Springer, 2012), p. 611, MN. 12; Stephan

てよいか疑問が呈される⁽²⁵⁾。

また、条約法条約43条は、条約の改廃は「条約との関係を離れても国際法に基づいて課されるような義務についての国の履行の責務に何ら影響を及ぼすものではない」と定める。この関係では、一般国際法上認められてきた私人の既得権保護の原則が問題となる。

この原則は、領域変動の際の住民の私権の維持に係る場面で主に適用されてきた⁽²⁶⁾。これは理論的には、*dominium* と *imperium* の分離に基づき、私権の領域的継続を認める法理として構成される⁽²⁷⁾。そのため、条約改廃による私人の地位の変動についての適用可能性は自明ではない⁽²⁸⁾。他方、同原則は、一国内での外国人の私権の剥奪について援用されることもある（私権の時間的継続）⁽²⁹⁾。これは現在では外国人財産の収用に係る国際法規則に吸収されており、条約上の権利の保護とは次元を異にする⁽³⁰⁾。さらに、仮に条約改廃の場面で適用可能であるとしても、いかなる範囲の権利が「既得権」として保護されるの

Wittich, "Article 70 – Consequences of the Termination of a Treaty," in Olivier Dörr & Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Springer, 2012) p. 1206, MN. 29; Aust, *supra* note 14, p. 226; Antonios Tzanakopoulos, "Denunciation of the ICSID Convention under the General International Law of Treaties", in R. Hofmann & C.J. Tams (eds.), *International Investment Law and General International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration* (Nomos, 2011), pp. 90-91, fn. 85.

(25) E.g., Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff, 2009), p. 492, MN. 2; Martins Paparinskis, "Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility", *The European Journal of International Law*, Vol. 24, No. 2 (2013), p. 624; Sourgens, *supra* note 9, p. 382; Lusa Bordin, *supra* note 9, p. 216. Cf. Harrison, *supra* note 9, pp. 944-946.

(26) *Certaines questions touchant les colons d'origine allemande, dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne*, avis consultatif, 10 septembre 1923, C.P.I.J., sér. B, No. 6, p. 36; *Sudan v. Sudan People's Liberation Movement/Army*, PCA Arbitration, Final Award, 22 July 2009, paras. 753, 754 & 766; *Philippines v. China*, UNCLOS Annex VII Arbitration, PCA Case No. 2013-19, Award, 12 July 2016, para. 799.

(27) D.P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law: Volume I, Internal Relations* (Cambridge University Press, 1967), p. 240.

(28) Wittich, *supra* note 24, p. 1207, MN. 30. なお、IIA 終了が進行中の仲裁手続きに影響することは「既得権に関する国際法上の一般概念 (general notions) と相容れないであろう」と述べた事例もある。*Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italy*, *supra* note 11, para. 226. しかし、本件では ICSID 条約25条1項後段が適用されており、一般国際法が適用されたわけではなく、また仲裁付託前の権利の存続が問題となった事例でもない。

他方、実質的には EU という超国家的実体からの「分離独立」という側面を持つ英国の EU 離脱 (Brexit) に関して、既得権原則が適用される余地は否定できない。Michael Waibel, "Brexit and Acquired Rights", *AJIL Unbound*, Vol. 111 (2018), p. 442. 中村民雄「EU 脱退の法的諸問題—— Brexit を素材として ——」福田耕治 (編)『EU の連帯とリスクガバナンス』(成文堂, 2016年) 110頁も参照。

(29) E.g., *Affaire Goldenberg*, Allemagne c. Roumanie, Lausanne, 27 septembre 1928, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. II, p. 909.

(30) See, *Merril & Ring Forestry L.P. v. Canada*, UNCITRAL Arbitration, Award, 31 March 2010 (Orrego Vicuña (chair), Dam & Rowley), para. 114. したがって、ICSID 仲裁への同意を含んだ

かは定かでない⁽³¹⁾。

加えて、信義則や投資家の正当な期待の保護、あるいは禁反言の法理に基づき、改廃権限の制約を論じる向きもある⁽³²⁾。例えば Jan Oostergetel & Theodora Laurentius 対スロヴァキア管轄権判断 (2010年) は、「投資家の正当な期待」を根拠に、「投資家が約束を信頼して投資を行なった後は、国が投資紛争の仲裁付託申込みを撤回できないことは疑いがない」と述べる⁽³³⁾。しかし、IIA の改廃が条約法上許容されている以上、改廃がなされないであろうとの期待は、別段の言質のない限り「正当」とは言えず⁽³⁴⁾、禁反言が成立するとも言えないであろう⁽³⁵⁾。

さらに、いずれにせよ、残存条項と同様、以上のいずれの原則も強行規範ではないため、IIA 当事国間の合意によりその適用を排除できる⁽³⁶⁾。

C. 本稿の対象 —— 「投資条約ネットワーク」

以上のように、IIA 改廃に対する投資家の地位は不安定である。残存条項も一般国際法も、その適用範囲は限定的であるか、少なくとも不明確であり、いずれにせよ IIA 当事国の特別の合意には優越し得ない。結局、投資家は個別具体的な IIA から権利を得る派生的国際法主体でしかなく、その生殺与奪の権は「条約の主人」たる条約当事国が握っている。投資家の地位を個々の IIA に還元するこの見方を、Stephan Schill は「2 国間主義 (Bilateralism)」と呼ぶ⁽³⁷⁾。

国内法が既に廃止されていたにも拘らず「既得権 (accrued rights)」を根拠に仲裁管轄権を肯定した次の事件は、この文脈では区別されなければならない。*Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.s. v. Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/95/16, Award, 29 July 2008 (Hanotiau (chair), Boyd & Lalonde), para. 335.

(31) *Jablonsky v. German Reich*, Upper Silesian Arbitral Tribunal, 24 June, 1936, Annual Digest: 1935-1937, 138, p. 140 (「産業の自由の原則に基づいて個人の労働能力を使用し営利活動を行う自由」は既得権に当たらない)。Voir aussi, *Affaire Oscar Chin*, arrêr, 12 décembre 1934, C.P.I.J., sér A/B, No. 63, p. 85; Waibel, *supra* note 28, p. 443.

(32) Sourgens, *supra* note 9, pp. 384-386; Voon *et al.*, *supra* note 9, p. 464. See also, Ignacio Suarez Anzorena, "Consent to Arbitration in Foreign Investment Laws", in Ian A. Laird & Todd J. Weiler (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law: Volume 2* (Juris, 2010), p. 79.

(33) *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius v. Slovak Republic*, UNCITRAL Arbitration, Decision on Jurisdiction, 30 April 2010 (Kaufmann-Kohler (chair), Wladimiroff & Trapl), para. 95.

(34) また、そもそも正当な期待の保護が一般国際法上の原則であるかも自明ではない。*Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Judgment, 1 October 2018, para. 162.

(35) See, Michael Waibel, "Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility", *University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper No. 9/2014 (2014)*, p. 5 <<https://ssrn.com/abstract=2391789>>.

(36) Ko Swan Sik, "The Concept of Acquired Rights in International Law: A Survey", in H. Meijers & E.W. Vierdag (eds.), *Essays on International Law and Relations in Honour of A.J.P. Tammes* (Sijthoff, 1977), pp. 136-137; Wackernagel, *supra* note 9, p. 13. 条約法条約70条1項も「当事国が別段の合意をする場合を除く」旨明定する。

(37) Stephan W. Schill, "Ordering Paradigms in International Investment Law: Bilateralism-

もっとも、3,300本以上のIIAが「ネットワーク」⁽³⁸⁾を形成している現状において、ある投資家が複数のIIAから多重に権利を得ることは可能である。IIAの投資家への適用可能性は、一般に、その投資家が①当該IIA当事国のいずれかの「国籍」を持ち（主観的要件）、かつ②他方締約国に「投資」を行っているか（客観的要件）により決まるが、各要件の内容は条約毎に異なる。そこで、十分に戦略的な投資家は、①複数のIIAの「国籍」基準を満たしたり⁽³⁹⁾、②他のIIAのもとで「国籍」を持つ会社に投資財産を移転したりすることで⁽⁴⁰⁾、実質的に複数のIIAの適用を受け、条約改廃に伴うリスクを軽減させることができる⁽⁴¹⁾。

とはいえ、このIIAネットワークも、その実質は互い独立した条約の集合であり、そのそれぞれについて当事国が支配権を持つ事実は変わらない。複数のIIAのもとで投資家が得る保護も、個々のIIA上の権利の束に過ぎず、そのそれぞれは当事国の改廃権限に服する。Schillは、IIAの内容が条約規定の類似性や仲裁先例の相互参照を通じて収斂する現象を捉えて、投資家の権利も「条約横断的な諸原則 (treaty-overarching principles)」に基礎づけられると主張するが（「多数国間主義 (Multilateralism)」⁽⁴²⁾）、権利の形式的基盤という観点からは、この主張には多分の比喩が含まれていると言わざるを得ない⁽⁴³⁾。

II. Swissbourgh 事件

以上のような議論状況を背景として、最近、条約上の権利を剥奪された投資家が、当該

Multilateralism–Multilateralization,” in Zachary Douglas *et al.* (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bridging Theory into Practice* (Oxford University Press, 2014), p. 109.

(38) 濱本正太郎「投資条約仲裁ネットワークの国際（世界）法秩序像」『法律時報』85巻11号（2013年）37頁。

(39) 例えば、フランス・カザフスタンBITは設立地基準および本拠地基準（支配者の国籍を問わない。）を、オランダ・カザフスタンBITは設立地基準とともに支配基準（設立準拠法は問わない。）を採用するため、フランスに本拠地を持つフランス法人は、オランダ人に支配されていれば両方のBITの適用を受けられる。Emmanuel Gaillard, “Abuse of Process in International Arbitration”, *ICSID Review*, Vol. 32, No. 1 (2017), p. 24.

(40) オランダ企業CME社とその米国人株主 Ronald S. Lauder 氏が、それぞれオランダ・チェコBITと米国チェコBITに基づき別個に仲裁を起こした例が著名である。Ronald S. Lauder *v. Czech*, UNCITRAL Arbitration, Final Award, 3 September 2001 (Briner (chair), Cutler & Klein), paras. 174 & 177; *CME v. Czech*, UNCITRAL Arbitration, Partial Award, 13 September 2001 (Kühn (chair), Schwebel & Hándl), para. 412. 参照、中村達也「並行的手続の規制、調整」小寺彰（編）『国際投資協定 仲裁による法的保護』（三省堂、2010年）242頁。

(41) Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law* (Cambridge University Press, 2009), p. 238.

(42) *Ibid.*, p. 18.

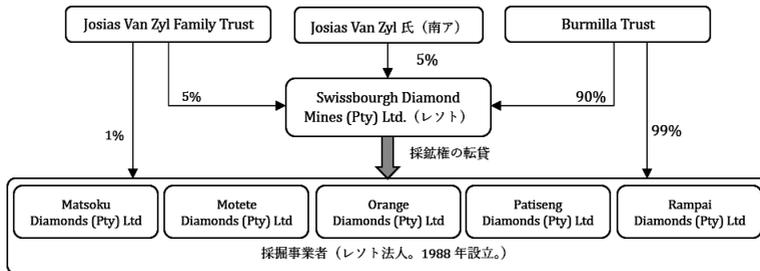
(43) 「BITsは、その総体として、真に多数国間的なシステムのよう^にに機能している (function analogously)」。 *Ibid.*, pp. 15-16. 「BITsが多数国間条約である (equivalent) というのではなく、投資条約の総体が条約横断的な枠組みの一部であると理解できる (can be understood) [...] という議論である」。Schill, *supra* note 37, p. 1821, para. 14. 強調追加。

改廃行為が自身に適用される別の IIA の違反に当たるとして仲裁を申し立て、これを仲裁廷が認めるという事例が現れた。この判断は後に仲裁地であり消されることになるが、取消判決においても、こうした主張が認められる余地が残されている。この事例は、IIA ネットワークの性質および機能について従来とは異なる新たな理解を示しているように思われる。それは、条約改廃権限に対する重大な制約となり、また投資家の法的地位についても再考を求めるものとなる可能性がある。

A. 前史 — 「収用紛争」と SADC 裁判所での訴訟

(1) 発端 — 「収用紛争」⁽⁴⁴⁾

Swissbourn Diamond Mines (Pty) Ltd. (以下、Swissbourn) は、レソト法に基づき設立され、南アフリカ(南ア)国籍の Josias Van Zyl 氏およびその受託者 (Josias Van Zyl Family Trust および Burmilla Trust) が出資する会社である。同社は1987年頃レソト内の5つの地域でのダイヤモンド採掘を申請し、1988年にレソト政府との間で採鉱契約 (Mining Lease) を締結した(下図参照)。同年、両信託の出資を受けて各地域で採掘作業を担当する5つの企業が設立され、Swissbourn から採鉱権の転貸を受けて採掘を開始した。



図：Swissbourn の事業構造 (高等法院判決 (後掲注63) 7-13段落より著者作成)

しかし、レソトは南アとの間で「レソト高地水利計画」に関する協定(1986年)を締結しており、採鉱契約対象地域では既に水力発電所の開発計画が進んでいた。このためレソト政府は1992年に採鉱契約および転貸契約を解除し、Swissbourn との間で紛争が生じた。

同年から2000年にかけて、同社はレソト国内裁判所で解除の効力を争ったが、最終的に控訴裁判所は契約解除を有効と認定した。その後、2007年にかけて Van Zyl 氏は南ア政府に外交的保護を要請したが、憲法裁判所は政府の外交的保護義務を否定した⁽⁴⁵⁾。

(44) 事実関係については次を参照。Kingdom of Lesotho v. Swissbourn Diamond Mines (Pty) Limited and others, [2017] SGHC 195, Judgment, 14 August 2017, paras. 7-30; Swissbourn Diamond Mines (Pty) Ltd and others v. Kingdom of Lesotho, [2018] SGCA 81, Judgment, 27 November 2018, paras. 8-24.

(45) *Van Zyl v. Government of RSA* [2007] SCA 109 (RSA).

(2) SADC 裁判所での訴訟

2009年6月12日, Swissbournh はその株主および採掘事業者らとともに, 南部アフリカ開発共同体 (SADC) 裁判所でレトトを提訴した⁽⁴⁶⁾。

SADC (Southern African Development Community) は, アフリカ南部の10カ国 (アンゴラ, ボツワナ, エスワティニ (旧名: スワジランド), レトト, マラウイ, モザンビーク, ナミビア, タンザニア, ザンビアおよびジンバブエ) がSADC条約 (1992年) により設立した国際機構であり⁽⁴⁷⁾, 経済, 開発, 安全保障など様々な分野での協力のフォーラムとして用いられてきた。現在の加盟国は, 上の10カ国に南ア, コンゴ民主共和国, マダガスカル, モーリシャス, セーシェルおよびコモロ諸島を加えた全16カ国である⁽⁴⁸⁾。

SADC裁判所はSADCの機関の1つであり (SADC条約9条1項f), その構成や権限, 機能および手続き等は, 首脳会議で採択されたSADC裁判所議定書 (2000年8月7日署名, 2001年8月7日効力発生。裁判所の実際の運用は2005年から。) が規律していた⁽⁴⁹⁾。

裁判所の事項管轄は, 「[SADC] 条約の解釈および適用」に関連する「あらゆる紛争およびあらゆる申立て」に及ぶ (裁判所議定書14条a)。また, ここで対象となる紛争は「国家間の紛争および自然人または法人と国家との間の紛争」である (同15条1項)。ただし, 私人請求については国内救済の完了が求められる (同2項)。

SADC条約は, 32条において「この条約の解釈または適用から生じる紛争」のSADC裁判所への付託を定めている。Swissbournhらは同条に基づき, レトトによる採鉱契約破棄が同条約の次の規定に違反すると主張した。

4条 (原則) SADCおよびその加盟国は, 次の原則に従って行動するものとする。

[...] 人権, 民主主義および法の支配 [...]

6条 (一般的約束) 加盟国は, SADCの目的の達成を促進するために適切な措置を採択することを約束し, その原則の維持, その目的の達成およびこの条約の規定の実施を危うくする恐れのあるいかなる措置も差し控えるものとする。

⁽⁴⁶⁾ *Swissbournh Diamond Mines (Pty) Ltd and Others v Kingdom of Lesotho*, SADC (T) 04/2009.

⁽⁴⁷⁾ 1979年に設立された南部アフリカ開発調整会議 (The Southern African Development Coordination Conference) の後継組織である。Treaty of the Southern African Development Community, signed on 17 August 1992, *International Legal Materials*. Vol. 32, p. 116, Art. 44.

⁽⁴⁸⁾ See generally, Tunguru Huaraka, "The Southern African Development Community", in Laurence Boisson de Chazournes & Vera Gowlland-Debbas (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality: Liber amicorum Georges Abi-Saab* (Martinus Nijhoff, 2001), p. 797; <<http://www.sadc.int/>>.

⁽⁴⁹⁾ Protocol on Tribunal in the Southern African Development Community and Rules of Procedure of the Southern African Development Community, signed on 7 August 2000 <http://www.sadc.int/files/1413/5292/8369/Protocol_on_the_Tribunal_and_Rules_thereof2000.pdf>.

B. 閉鎖紛争 —— SADC 裁判所の閉鎖と新たな仲裁手続き

(1) SADC 裁判所の改組

(a) 経緯

Swissbourgh の提訴に先立ち、SADC 裁判所にはジンバブエによる白人所有農地の収用に関する訴訟が係属していた (Mike Campbell 対ジンバブエ)。裁判所は2008年の判決で、私人請求に対する管轄権を肯定するとともに、ジンバブエによる権利侵害を認め、賠償を命令した⁽⁵⁰⁾。

ジンバブエはこれに反発し、裁判所の権限の見直しを他の加盟国に主張した。2010年8月17日、「SADC の至高の政策決定機関」(SADC 条約10条1項)である首脳会議 (Summit) は、裁判所の役割、機能および権限を見直すことを全会一致で決定し⁽⁵¹⁾、その間、裁判所が口頭審理を開いたり新たな申立てを受理したりすることを禁止するとともに、翌年には、任期の終了した裁判官の再任および補充を行わない決定を行った⁽⁵²⁾。これにより、事実上、裁判所は Swissbourgh の申立てを含む係属中の事件を処理することができなくなった。

2014年8月18日、首脳会議は新たな裁判所議定書を全会一致で採択した⁽⁵³⁾。新議定書のもとでは、裁判所の管轄権は「SADC 条約および議定書の解釈に関する加盟国間の紛争」に限定され (33条)、その発効とともに旧議定書は「廃止 (repeal)」される (48条)。新議定書は、署名国の3分の2が批准書を寄託した日から30日後に効力を生じ (53条)、他の SADC 加盟国による加入も認められる (54条)。加盟国15カ国 (当時) の内、ジンバブエおよびレソトを含む9カ国が新議定書に署名したが、首脳会議の勧告にも拘らず批准または加入を完了した国はまだないようであり⁽⁵⁴⁾、形式的には旧議定書が依然として効力を維持している。

(b) 法的性質

なお、旧議定書の「廃止」行為の法的性質には、やや不明確なところがある⁽⁵⁵⁾。

⁽⁵⁰⁾ *Mike Campbell (Pvt) Ltd. et al. v. Zimbabwe*, SADC (T) Case No. 2/2007, [2008] SADCT 2, Judgment, 28 November 2008.

⁽⁵¹⁾ SADC Summit, *Communiqué of the 30th Jubilee Summit of SADC Heads of State and Government*, 17 August 2010, para. 32 <https://www.sadc.int/files/3613/5341/5517/SADC_Jubilee_Summit_Communique.pdf>.

⁽⁵²⁾ SADC Summit, *Communiqué Extraordinary Summit Heads of State and Government of the Southern Africa Development Community, Windhoek, Republic of Namibia*, 20 May 2011, paras. 7-8 <<http://www.swradioafrica.com/Documents/SADCSummit240511.pdf>>.

⁽⁵³⁾ Protocol on the Tribunal in the Southern African Development Community, signed on 18 August 2014 <<https://ijrcenter.org/wp-content/uploads/2016/11/New-SADC-Tribunal-Protocol-Signed.pdf>>.

⁽⁵⁴⁾ SADC Summit, *Communiqué of the 36th Summit of SADC Heads of State and Government*, Mbabane, Swaziland, 30-31 August 2016, para. 38 <https://www.sadc.int/files/4914/7274/8383/Communiqué_of_the_36th_SADC_Summit_Swaziland_31_August_2016.pdf>.

⁽⁵⁵⁾ Gerhard Erasmus, "The New Protocol for the SADC Tribunal: Jurisdictional Changes and Implications for SADC Community Law", *tralac Working Paper*, No. US15WP01/2015 (2015), pp. 3-5.

旧議定書の改正は、SADC 加盟国（15カ国（当時））の4分の3（=12カ国）の同意による必要がある（旧議定書37条）。他方、新議定書は、採択こそ全加盟国の合意によったものの、その効力発生のためには署名国（9カ国）の3分の2（=6カ国）の批准があれば足りる⁵⁶⁾。したがって、この「廃止」は旧議定書の改正規定に則ったものではなく、全加盟国が新議定書の批准または加入を完了するまでは、多数国間条約の一部当事国間での修正（条約法条約41条1項）にとどまると理解される。

SADC の国際機構としての性質に鑑み、この種の修正の許容性には疑いが残る⁵⁷⁾。実際、南ア憲法裁判所は、2018年12月、加盟国は裁判所を維持する義務を SADC 条約上負っており、裁判所の重要性に鑑み、その解散は SADC 条約および裁判所議定書上の改正手続きによらねばならない等の理由で、新議定書に署名した Jacob Zuma 前大統領の行為を違憲と判断し、その撤回を命じた⁵⁸⁾。

このように、（現在のところ）全加盟国の合意によらない裁判所改組の合法性については議論があり得る。もっとも、Swissbourgh 事件ではこの点は問題視されておらず、また通常の IIA については同様の問題は生じにくいいため、本稿ではこれ以上立ち入った検討は行わない。

(2) 新たな仲裁手続き

(a) 経緯

このような政治的状況の中で、2012年6月20日、Swissbourgh らは SADC 加盟国の間で締結された「財政および投資に関する議定書(PFI: Protocol on Finance and Investment)」（2006年署名、2010年効力発生）⁵⁹⁾に基づきレソトに対し仲裁を申し立て、裁判所閉鎖が本議定書に違反すると主張した⁶⁰⁾。

PFI の目的は、加盟国間での財政・投資政策の調和を通じて地域内での持続可能な開発の促進を目指すことにあり（PFI 2条）、附属書1「投資に関する協力」（以下、「投資附属書」とする。）が投資の保護を定める。投資附属書は、取用規定や公正衡平待遇条項等、

56) 新議定書52条は、「この議定書はこの議定書に署名した加盟国により批准されるものとする」と定め、53条は、この議定書は「加盟国 (the Member States) の3分の2による批准書の寄託」から30日後に効力を生じる旨定める。53条の「加盟国」は全加盟国を意味するとも読まれ得るが、続く54条が「この議定書は、いかなる加盟国による加入のためにも開放しておく」と定めているため、「署名国」を意味すると解釈するのが妥当である。

57) もっとも、国家責任法上は、新議定書の採択への同意により、旧議定書および SADC 条約の違反の違法性が阻却され则认为られるかもしれない。

58) *Law Society of South Africa and Others v President of the Republic of South Africa and Others* [2018] ZACC 51, paras. 49 *et seq.* & 94.

59) Protocol on Finance and Investments, signed on 18 June 2006, entered into force on 16 April 2010 <http://www.sadc.int/files/4213/5332/6872/Protocol_on_Finance_Investment2006.pdf>.

60) *Swissbourgh Diamond Mines (Pty) Limited, Josias Van Zyl, The Josias Van Zyl Family Trust and others v. The Kingdom of Lesotho*, UNCITRAL Arbitration, PCA Case No. 2013-29 [hereinafter, "Swissbourgh v. Lesotho"].

IIA の実質を備えており、次のように投資家対国家間紛争処理手続きも規定していた。

28条 投資紛争の解決

- 1 項 投資家と当事国との間の、前者の受け入れられた投資財産に関連する後者の義務に関する紛争 (Disputes [...] concerning an obligation [...] in relation to an admitted investment) であって、友好的に解決されなかったものは、紛争当事者のいずれかが希望する場合には、国内救済を完了した後に、書面による請求の通告から6カ月の後、国際仲裁に付託される。
- 4 項 本条の規定は、本附属書の効力発生より前に生じた紛争には適用しない。

レソト国内裁判所および SADC 裁判所で争われた「収用紛争」に対し、仲裁に付託された紛争は「閉鎖紛争 (Shuttering Dispute)」と呼ばれている。収用紛争それ自体が本附属書に基づく仲裁に付託されなかったのは、本附属書がその効力発生前に生じた収用紛争に遡及適用されないためである。

紛争は、付託先が合意されないときは UNCITRAL 仲裁規則に基づく仲裁に付託される (28条3項)。閉鎖紛争も UNCITRAL 仲裁に付託され、David A.R. Williams QC (仲裁廷の長)、R. Doak Bishop および Petrus Millar Nienaber が仲裁人に任命され、シンガポールが仲裁地となった⁽⁶¹⁾。

(b) 仲裁判断 (2016年)

仲裁廷は「管轄権および本案に関する部分最終判断」(2016年4月18日)と「費用に関する最終判断」(2016年10月20日)の2つを発出した⁽⁶²⁾。本稿にとり重要なのは前者であり、以下、これを「仲裁判断」と呼ぶ。これは本稿執筆時点では未公開であるが、後に見る取消判決(特に高等法院判決)で内容が明らかにされているため、それに基づき検討を進める⁽⁶³⁾。

被申立国は、本件閉鎖紛争が投資附属書28条の仲裁付託要件を満たさないとし、仲裁管轄権を争った。第1に、紛争の発生時期につき、閉鎖紛争は実際には収用紛争の一部であり、仲裁の時間的管轄権外であると主張された。仲裁廷は、「当初の紛争解決プロセスから別個の紛争が生じることはあり得る」として、本件の両紛争は、主題、適用法および請求されている救済のいずれにおいても異なる別個の紛争であると判断した⁽⁶⁴⁾。

(61) *Kingdom of Lesotho v. Swissbourn Diamond Mines (Pty) Limited and others*, [2017] SGHC 195, Judgment, 14 August 2017, para. 3.

(62) *Swissbourn v. Lesotho*, supra note 60, Partial Award on Jurisdiction and Merits, 18 April 2016 (Williams (chair), Bishop & Nienaber) [hereinafter, “Swissbourn Award”] & Final Award on Costs, 20 October 2016.

(63) *Kingdom of Lesotho v. Swissbourn Diamond Mines (Pty) Limited and others*, [2017] SGHC 195, Judgment, 14 August 2017 [hereinafter, “High Court Judgment”].

(64) *Swissbourn Award*, paras. 7.201-206, quoted in High Court Judgment, supra note 63, paras. 106-107.

第2に、投資財産の有無が争われた。SADC裁判所での裁判が阻害された本件では、SADC条約上の訴権が投資附属書の保護する「投資財産 (investment)」に当たることが問題となるためである。「投資財産」の定義は投資附属書1条2項にある⁽⁶⁵⁾。

生産およびポートフォリオのための投資資産 (productive and portfolio investment assets) の購入、取得または確立であり、特に、次のものを含む。

- (a) 動産および不動産ならびに担保権、先取特権、留置権等のその他の財産権
- (b) 会社の株式、在庫品および社債または会社の財産に対する利益
- (c) 金銭債権または経済的価値を持つ契約上の履行請求権および貸付金
- (d) 著作権、のれんならびに開発に対する特許、商標、工業デザインおよび商号等の工業的財産権
- (e) 法律によりまたは契約上付与された権利。これには天然資源を探索し、増やし、採掘しおよび利用するための許認可を含む。

仲裁廷は、「権利の束 (bundle of rights)」という考え方に立脚し、本件訴権の投資財産該当性を肯定する。すなわち、採鉱契約は「権利の束」から成り、「[契約の] 履行を求めるための1次的権利と、救済を求めるための2次的権利の両方を含んでいる」⁽⁶⁶⁾。投資財産 (採鉱契約) から生じる2次的な請求権は、それが最終的に解決されるまでの間、投資財産であり続け、請求権行使のための訴権もその「不可分の一部である」⁽⁶⁷⁾。さもないと、国は1次的権利たる契約を解除することで容易に責任を逃れることができしてしまう⁽⁶⁸⁾。このことは、当該訴権が国際法上の権利であっても変わらない。本件訴権は採鉱契約から直接に生じたものであり、「領域的に分離されている」という理由で両者を切り離すべき根拠はないし、訴権とレントとの間には「明確な領域的連関がある」⁽⁶⁹⁾。

第3に、投資財産は投資受入国に「受け入れられ」ている必要がある。この点、採鉱契約がレントの承認を受けているため、訴権について別個の「受け入れ」は不要である⁽⁷⁰⁾。

第4に、紛争は「投資財産に関連する義務」に関するものである必要がある。仲裁廷は、投資財産、すなわち「SADC裁判所で収用に対する救済を求める権利」に「関連する義務」として、①裁判所の管轄への同意を撤回しない義務 (裁判所議定書14条および15条)、②人権、民主主義および法の支配の尊重義務 (SADC条約4条および6条)、③公正衡平待遇義務 (投資附属書6条) および④裁判所へのアクセスの保障義務 (同27条) の4つを認めた⁽⁷¹⁾。

第5に、国内救済完了要件に関しては、SADC裁判所での訴権侵害を救済するためには、

(65) Protocol on Finance and Investments, *supra* note 59, Art. 1(2).

(66) Swissbourn Award, para. 7. 24, *quoted in* High Court Judgment, *supra* note 63, para. 183.

(67) *Ibid.*, paras. 7.29 & 7.31, *quoted in* High Court Judgment, *supra* note 63, para. 184.

(68) *Ibid.*, para. 7.32, *quoted in* High Court Judgment, *supra* note 63, para. 184.

(69) *Ibid.*, paras. 7.36-37, *quoted in* High Court Judgment, *supra* note 63, para. 185.

(70) *Ibid.*, paras. 7.104-106, *quoted in* High Court Judgment, *supra* note 63, paras. 229-232.

(71) *Ibid.*, paras. 7.163-164, *quoted in* High Court Judgment, *supra* note 63, paras. 253-254.

新たな国際裁判所の設置が必要であるところ、レソト裁判所にはそれを命ずる権限がなく、実効的救済手段が存在しなかったとして、いわゆる無益性の例外を認めた⁽⁷²⁾。

本案について、仲裁廷は上述の①から④の義務の違反を認定し、原状回復として SADC 裁判所と同内容の仲裁手続きを受諾するよう被申立国に命じた⁽⁷³⁾。仲裁判断によると、この仲裁廷は SADC 裁判所裁判官と同等の資質を持つ 3 名の仲裁人からなるものとし、UNCITRAL 仲裁規則（および適当な場合には SADC 裁判所議定書および規則）に基づき、モーリシャス（SADC 加盟国）を仲裁地として行われ、常設仲裁裁判所が事務局を務めるものと定められた⁽⁷⁴⁾。

なお、仲裁判断において、Swissbourgh および採鉱権の被転貸者らは、その請求を *Burmilla Trust* に譲渡していたとして、申立人適格を否定されており、仲裁廷は仲裁判断の解釈手続きにおいて、新たな仲裁手続きの当事者の範囲も同様に限定されると回答した。そのため、2016年に Swissbourgh 社の株主 3 者がレソトに対して新たな仲裁を申し立てた。その後、レソトが原仲裁判断の取消手続きを開始したため、新仲裁手続きは停止した⁽⁷⁵⁾。

C. シンガポールでの取消手続き

シンガポールにおいて、国際仲裁は国際仲裁法（IAA：International Arbitration Act. 1994年法律第23号（2002年改正））⁽⁷⁶⁾ および UNCITRAL 国際商事仲裁モデル法（1985年）⁽⁷⁷⁾ が規律する。モデル法は、IAA の規定に反しない限りにおいてシンガポール法としての効力を持つ（IAA 3条1項）。

管轄権の存否に係る認定に関しては、仲裁判断に対する上訴（Appeal）が認められている（IAA 10条3項および4項）。ただし、この手続きは紛争の本案を部分的にでも扱っている仲裁判断には適用されないため、本件仲裁判断（「管轄権および本案に関する部分最終判断」）に関する上訴管轄権は同規定のもとでは存在しない⁽⁷⁸⁾。

そのため、本件取消請求はモデル法に基づき処理されることとなる（IAA 24条）。高等法院も上訴法院も、本請求に対する裁判管轄権をモデル法34条2項 a(iii)（仲裁判断による仲裁付託条件の逸脱）に基づき肯定した⁽⁷⁹⁾。レソトの主張した取消事由は、仲裁合意から

(72) *Ibid.*, para. 7.229, quoted in High Court Judgment, *supra* note 63, paras. 279-282.

(73) *Ibid.*, paras. 7.226-7.229, quoted in High Court Judgment, *supra* note 63, para. 281.

(74) *Ibid.*, para. 9.34, quoted in *Josias Van Zyl, The Josias Van Zyl Family Trust & The Burmilla Trust v. Lesotho*, UNCITRAL Arbitration, PCA Case No. 2016-21, Procedural Order No. 1: Suspension, Bifurcation and Procedural Timetable, 3 November 2016, para. 6.

(75) *Josias Van Zyl, The Josias Van Zyl Family Trust & The Burmilla Trust v. Lesotho*, UNCITRAL Arbitration, PCA Case No. 2016-21, Procedural Order No. 2: Suspension of Proceedings, 24 November 2016, para. 16.1.

(76) International Arbitration Act (Cap 134A, 2002 Rev Ed).

(77) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>.

(78) High Court Judgment, *supra* note 63, para. 72.

(79) *Ibid.*, para. 86; *Swissbourgh Diamond Mines (Pty) Ltd and others v. Kingdom of Lesotho*,

の逸脱による仲裁管轄権の欠如であるため、両法院は、本件紛争が、投資附属書28条に基づき仲裁付託が合意された「投資家と当事国との間の、前者の受け入れられた投資財産に関連する後者の義務に関する紛争」に当たるか否かを判断した。

(1) 高等法院判決 (2017年)

高等法院 (法廷意見: Kannan Ramesh 判事) は、大要次の4点を理由に、仲裁判断の取消しを認めた。① SADC 裁判所での訴権は、それ自体としては「投資財産」に当たらない。② 訴権は、採鉱契約を構成する「権利の束」にも含まれない。③ 訴権はレソトに「受け入れられた」ものとは言えない。④ いずれの実体義務も、投資「に関連する」義務とは言えない。

① 当該訴権の「投資財産」該当性につき、まず、投資附属書1条における「投資財産」の定義 (「生産およびポートフォリオのための投資資産」) は、BIT で通常用いられる定式 (「あらゆる種類の財産 (every kind of assets)」) よりも狭い⁽⁸⁰⁾。この文言および同条 a 号から e 号までの投資財産の具体例からは、投資財産とは「経済的価値」を有するものを指すと解されるが、条約上の訴権にはそれがない⁽⁸¹⁾。

また、投資附属書の実体規定は、投資財産が条約当事国の「領域内 (in the territory)」にあることを前提としている⁽⁸²⁾。同附属書の目的は「受入国の領域内でなされた、またはその法律上存在する投資財産の保護」にあり⁽⁸³⁾、そもそも取用等の対象となり得ない領域外の財産は保護していない⁽⁸⁴⁾。そのため、条約上の訴権は保護を受けない⁽⁸⁵⁾。もともと、国際法上の権利を「(例えば投資家との契約に含めるなどして) 自国国内法体系に取り込む (internalise) ことは国の自由である」が、本件では投資家はそうした主張を行っていない⁽⁸⁶⁾。

さらに、本件訴権は投資附属書1条2項 a 号から e 号に列挙された「投資財産」の具体例にも該当しない。投資家は、「金銭債権または経済的価値を持つ契約上の履行請求権、および貸付け」(c 号) に該当すると主張するが、本件訴権は「請求権」に当たらず、契約により生じてもおらず、「債権 (chose in action)」にも当たらない⁽⁸⁷⁾。また、国際法上の権利であるので、「法律により、または契約のもとで付与された権利」(e 号) にも当たらない⁽⁸⁸⁾。仲裁先例には、国内裁判または商事仲裁に関する手続的権利が投資財産と認められ

[2018] SGCA 81, Judgment, 27 November 2018, para. 80.

(80) High Court Judgment, *supra* note 63, para. 194.

(81) *Ibid.*, para. 195.

(82) *Ibid.*, para. 196.

(83) *Ibid.*, para. 197.

(84) *Ibid.*, para. 198.

(85) *Ibid.*, para. 202.

(86) *Ibid.*, para. 203.

(87) *Ibid.*, para. 208.

(88) *Ibid.*, para. 209.

た例もあるが、投資財産の定義が異なる等の理由から、本件との類似性はない⁽⁸⁹⁾。

他方、採鉱契約が「投資財産」に該当することには争いが無い。そこで、②本件訴権が採鉱契約を構成する「権利の束」に該当するかが問題となる。

裁判所はこれを否定する。なぜなら、「〔裁判所議定書上の〕権利は、権利の束の一部とみなせるほどに、中核的投資財産（採鉱契約）と密接に結びついているとは思われない」ためである⁽⁹⁰⁾。というのは、本件訴権は、契約締結（1988年）のはるか後に、SADC 条約（1993年効力発生）およびSADC 裁判所議定書（2001年効力発生）から生じており、「採鉱契約上の債務との間に相互性を欠いている（not reciprocal with）」ためである⁽⁹¹⁾。IIA は投資家の積極的投資活動に対して保護を提供するのであり、「投資家が投資活動で『取得』したのではなく、条約により『付与』されたに過ぎない」本件訴権は保護の対象とはならないという⁽⁹²⁾。

③投資財産の「受け入れ」の要件充足も裁判所は否定する。この要件を充足するには、投資財産が投資の許認可等に関する受入国の法令を遵守していることが求められるが、国際法上の権利である本件訴権には国内法の規律が及ばないため、この要件を満たさない⁽⁹³⁾。

さらに、④投資家の援用する実体的義務は、投資財産に「関連する」とは言えない。「本件訴権は〔…〕それ自体〔…〕SADC 条約と裁判所議定書に基づく条約上の保護であり、〔それ自体1つの保護に当たる（訴権）と『関連して』実体義務が存在するというのは、作為的で不自然である。〕⁽⁹⁴⁾SADC 裁判所では投資附属書に関する紛争も裁判できる以上、「そうした紛争をSADC 裁判所に付託する権利そのものを独自の『投資財産』とみなし、翻ってそれをSADC 条約および附属書上の義務の対象とすることができると解するのは、循環論である。」⁽⁹⁵⁾

個々の実体義務についても、裁判所議定書14条および15条は裁判所の権限を定めるに過ぎず、仮に実体義務を課しているとしても、裁判所の存続それ自体を保障してはいない⁽⁹⁶⁾。また、仮に本件訴権が「投資財産」に当たるとすれば、レソトの応訴義務はそれと表裏一体をなすことになり、それと「関連」して存在するとは言えない⁽⁹⁷⁾。SADC 条約4条および6条の諸原則は抽象的規定で、具体的な投資財産と関連するとは言えない⁽⁹⁸⁾。他方、投資附属書上の義務は、採鉱契約には関連するものの、投資財産に当たらない本件訴権とは関連しない⁽⁹⁹⁾。

⁽⁸⁹⁾ *Ibid.*, paras. 210-215.

⁽⁹⁰⁾ *Ibid.*, para. 217.

⁽⁹¹⁾ *Ibid.*

⁽⁹²⁾ *Ibid.*, para. 219.

⁽⁹³⁾ *Ibid.*, paras. 238-239 & 250-251.

⁽⁹⁴⁾ *Ibid.*, para. 269.

⁽⁹⁵⁾ *Ibid.*, para. 270.

⁽⁹⁶⁾ *Ibid.*, paras. 272 (a) - (b)

⁽⁹⁷⁾ *Ibid.*, para. 272 (c).

⁽⁹⁸⁾ *Ibid.*, para. 274.

⁽⁹⁹⁾ *Ibid.*, para. 276

国内救済については、レト国内法上実効的な救済が存在しなかったことが証明されていないとして、その完了を否定した⁽¹⁰⁰⁾。なお、Swissbourgh および採鉱権被転貸者5社については、仲裁判断は請求権の譲渡を理由に申立人適格を否定したが、高等法院はこれに加えて、投資附属書の適用範囲から国内企業は黙示的に排除されるとの理由から投資家適格を否定した⁽¹⁰¹⁾。後の上訴手続きにおいてこの点は争われていない。

以上の理由で、高等法院は本件紛争が投資附属書の仲裁条項の要件を満たさず、仲裁廷は管轄権を欠いていたと認定し、仲裁判断の全部分を取り消した。

(2) 上訴法院判決 (2018年)

投資家側は上告し、上訴法院(法廷意見: Sundaresh Menon 判事)が2018年11月27日に判決を下した⁽¹⁰²⁾。上訴法院は、原審の結論を維持して仲裁判断を取り消したが、その理由付けには注目すべき相違が存在する。

裁判所は、まずレトが仲裁受諾を一方的に約束したとの投資家の主張を退けた上で⁽¹⁰³⁾、「投資財産」該当性につき、原審も触れた2点を指摘する。

第1に、投資財産は、その構成要素として、①投資附属書1条2項上の「投資財産」の定義に該当することに加え、②「国際投資法上一般に受け入れられた原則と投資附属書の解釈の両方により、受入国との間に領域的連関 (territorial nexus) を有さなければならない」。すなわち、「投資財産は受入国の領域内に存在しなければならない、それが権利の束から成る場合には、受入国の国内法上存在し、そのもとで執行可能なものでなければならない」⁽¹⁰⁴⁾。

第2に、原審が充足を否定した相互性要件については、その要件性を否定する。上訴法院はまず、投資財産は一般に権利の束から成り、そこには2次的手続的権利も一般論としては含まれ得ることを認める。原審は、採鉱契約(1次的権利)と訴権(2次的権利)とが十分密接に結びついていないとするが⁽¹⁰⁵⁾、上訴法院によれば、両者は「全く同時に」成立している必要はなく、「国際投資法上、時間的相互性を〔2次的権利の〕保護の条件とするような一般規則は存在しない」⁽¹⁰⁶⁾。IIAは、締結前になされた投資にも適用され、「静態的というよりも動態的」な保護を提供する⁽¹⁰⁷⁾。したがって、閉鎖紛争に関しても、訴権それ自体に加えて採鉱契約の投資財産該当性が問題となる⁽¹⁰⁸⁾。

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibid.*, paras. 291-319. 参照, 山下朋子「投資条約仲裁における国内救済完了原則の適用例外——無益性の抗弁——」『国際法外交雑誌』117巻1号(2018年)177-178頁。

⁽¹⁰¹⁾ High Court Judgment, *supra* note 63, para. 330.

⁽¹⁰²⁾ *Swissbourgh Diamond Mines (Pty) Ltd and others v. Kingdom of Lesotho*, [2018] SGCA 81, Judgment, 27 November 2018 [hereinafter, “Court of Appeal Judgment”].

⁽¹⁰³⁾ *Ibid.*, para. 85.

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibid.*, para. 99.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibid.*, para. 126.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibid.*, para. 128.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibid.*

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibid.*, para. 132.

その上で、上訴法院は訴権の「権利の束」該当性の判断に移る。それによれば、「束」を構成する「権利」は、受入国の国内法上の権利でなければならない。領域外の権利や国際法上の権利は、「当該権利を専らその国だけが支配しているか、または当該権利の保護をその国が明示的に引き受けている」限り、領域的連関要件を満たさない⁽¹⁰⁹⁾。

これを本件訴権について見ると、この権利はSADC裁判所の存在を前提としているところ、裁判所の維持はレソト1国の支配の域外にある⁽¹¹⁰⁾。SADC条約の改正および機関の解散は多数決によるため、いずれの加盟国も単独では他の全加盟国が支持する決定を覆せないためである⁽¹¹¹⁾。

この点で、本件訴権はBITおよびICSID条約上の訴権とは区別される。判決は、傍論において次のように述べている⁽¹¹²⁾。

BITの仲裁条項に基づき訴訟を開始する権利は〔…〕国際法文書に従って生じた権利ではあるが、それは依然として受入国の執行管轄権内に存し、その国の単独行動により保障可能である。この場合、BIT上の仲裁付託権が領域的連関要件を満たさないとする理由はないように思われる。

またICSID条約の改正および終了も全当事国の同意を要する⁽¹¹³⁾。多数決で改廃可能な本件訴権はこれらと異なり、領域的連関要件を満たさない。

訴権に対し、SADC裁判所での実体的請求については、「金銭債権」として、または採鉱契約の「延長物ないしは変形物 (a continuation or transformation)」として、それ自体、投資財産に当たる可能性がある⁽¹¹⁴⁾。しかし、それを認めた先例は、いずれも国内裁判や国内法上執行可能な商事仲裁判断に関する事例であり、本件とは区別される⁽¹¹⁵⁾。

以上より、問題となる投資財産は採鉱契約に限られ、訴権は除かれる。閉鎖紛争は「投資財産〔＝採鉱契約〕に関連する義務に関する紛争」に当たらないため、仲裁の事項管轄権は成立しない⁽¹¹⁶⁾。

また、いずれにせよ、「投資財産に関連する義務」は、「具体的な投資財産との間に法的に有意な連関」を有していなければならない⁽¹¹⁷⁾。この点、SADC条約4条（人権・民主主義・法の支配の原則）および6条（SADCの目的の推進・不可侵）は、投資家に対して国

⁽¹⁰⁹⁾ *Ibid.*, para. 137. 強調追加。

⁽¹¹⁰⁾ *Ibid.*, paras. 138-139.

⁽¹¹¹⁾ *Ibid.*, para. 142.

⁽¹¹²⁾ *Ibid.*, para. 144.

⁽¹¹³⁾ *Ibid.*, para. 154. 改正についてはICSID条約66条1項に規定がある。終了については規定がないため、条約法条約54条に従い処理され、結果的に全当事国の合意が必要となる。

⁽¹¹⁴⁾ *Ibid.*, paras. 163-164.

⁽¹¹⁵⁾ *Ibid.*, para. 175.

⁽¹¹⁶⁾ *Ibid.*, paras. 182-184.

⁽¹¹⁷⁾ *Ibid.*, para. 195.

51 「投資条約ネットワーク」が投資条約の改廃にもたらす影響

が負う義務を定めるものではなく、またいずれにせよあまりに抽象的で、投資財産との間の関連性は希薄である⁽¹¹⁸⁾。裁判所の管轄を定める裁判所議定書14条および15条も同様であり、いずれにせよ SADC 裁判所を維持することはレソトの権限外の問題である⁽¹¹⁹⁾。

他方で、投資附属書6条および27条（公正衡平待遇および裁判所へのアクセスの権利）は、確かに採鉱契約には十分に関連する義務を課している⁽¹²⁰⁾。しかし、いずれの規定もそうした権利が受入国の領域内または国内法のもとで保障されることを明記しており、閉鎖紛争はこれら義務に「関する」とは言えない⁽¹²¹⁾。

最後に、国内救済の完了については、レソト国内法上実効的な救済の見込みが存在したとして、原審の結論を維持した⁽¹²²⁾。

以上の理由により、上訴法院は上告を棄却し、仲裁判断の取消しが確定した。

III. 分析

A. 本件の新規性と特殊性

本件は、国際機構内部の裁判所を加盟国が改組し、係属中の事件の私人当事者の訴権を剥奪したという「異例の展開」⁽¹²³⁾に対して、投資家が別の IIA を援用して権利回復を試みた事件であった。IIA の改廃が投資家の権利に与える影響が直接の争点となった事例は、管見の限りこれが最初である。Swissbourgh が行なったこの独創的な主張は、一度は仲裁廷により認容され、シンガポール最高裁での議論へと繋がった。本件の新規性および複雑性は、レソト代理人、高等法院および上訴法院がともに認めるところでもある⁽¹²⁴⁾。

もっとも、本件が「SADC 条約の解釈に関して重要な先例的価値を持つことは疑いない」（レソト代理人）としても⁽¹²⁵⁾、それが国際（投資）法一般について持つ意義は別の問題である。特に、現在の国際投資法の全般的状況に鑑み、本件は少なくとも次の2点で特殊性を有することに留意する必要がある。

第1に、本件では国際機構内部の裁判所での訴訟が問題となったのに対し、現在最も典型的な投資紛争解決手続きは仲裁である。前者は専ら機構設立条約に基礎を置くのに対し、後者は、IIA を通じて成立した仲裁当事者間の仲裁合意および仲裁手続準拠法（ICSID 条約または仲裁地法）に基づく「ハイブリッド」な手続きであり、ひとたび開始すれば、BIT

⁽¹¹⁸⁾ *Ibid.*, para. 198.

⁽¹¹⁹⁾ *Ibid.*, para. 199.

⁽¹²⁰⁾ *Ibid.*, para. 201.

⁽¹²¹⁾ *Ibid.*, paras. 202-203.

⁽¹²²⁾ *Ibid.*, paras. 205-224.

⁽¹²³⁾ 山下「前掲論文」（注⁽⁰⁰⁾）177頁。

⁽¹²⁴⁾ *Re Wordsworth*, Samuel Sherratt QC [2016] 5 SLR 179, para. 47; High Court Judgment, *supra* note 63, para. 348; Court of Appeal Judgment, *supra* note 102, para. 226.

⁽¹²⁵⁾ *Re Wordsworth*, *supra* note 124, para. 52.

両当事国の合意によってさえもそれを阻害することはできない⁽¹²⁶⁾。よって、本件で起きたような、紛争係属中の権利剥奪という問題は通常は生じない。

第2に、本件では、取用紛争の発生当時、レソトがSADC条約以外に投資に関係する条約を締結していなかったため、同紛争とは別個の閉鎖紛争を仲裁に付託する必要が生じた。これに対し、1国が複数のIIAを締結していることが多い現在においては、同様の問題はより生じにくい。もっとも、同じ紛争に複数のIIAが適用可能であったとしても、改廃されたIIA上の保護水準が他のIIA上のそれよりも高かった場合には、投資家はその復活を望むこともあり得るため、本件の持つ実践的意義は軽視されるべきでない。

B. 本件の意義

本件の最大の意義は、投資家が、投資条約Xの改廃の合法性を別の投資条約Yに基づく仲裁で争えるかという問題を正面から検討した点にある。これに対する回答は、究極的には条約Yの規定ぶりに依存するが、本件で検討された、条約X上の訴権および請求権が条約Y上の「投資財産」に該当するかという点は、IIA一般に影響し得る。これは、(1)訴権や請求権といった「2次的権利」が投資財産に当たり得るかという問題と、(2)それが国際法上の権利であってもよいかという問題に分解できる。

(1) 2次的権利の投資財産該当性

第1の点につき、仲裁判断は、採鉱許可は「権利の束」を構成しており、採鉱許可の侵害に対して救済を求める2次的権利もまた「当該投資財産の当然かつ不可分の一部」であると述べる。他方、高等法院はこれを否定するが、その理由は採鉱許可取得と訴権獲得との間の時間的ずれ（「相互性」の欠如）に求めており、2次的権利が当然に「権利の束」に含まれ得ないとまでは述べていない。上訴法院は、「相互性」についてはその要件性を否定した上で、一般論として、2次的権利も「権利の束」に含まれ得ることを肯定した。

この結論は妥当である。第1に、上訴法院が「動態的」という言葉で表現するように、一般に投資財産の定義にはその成立時期に関する時間的要件は含まれていない⁽¹²⁷⁾。第2に、例えば、法律による契約の破棄という典型的投資紛争において、それ自体として投資財産に該当することの明らかな契約（1次的権利）の消滅をもって投資財産の存在を否定してしまうと、明らかに仲裁の対象となるべき事例について事項的管轄権が成立しなくなるという不合理が生じる⁽¹²⁸⁾。

(2) 国際法上の権利の投資財産該当性

より問題となるのは第2の点であり、これは領域的連関要件の理解に関わる。

⁽¹²⁶⁾ 前掲注(10)の本文を参照。

⁽¹²⁷⁾ Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties* (Martinus Nijhoff, 1995), pp. 45-47.

⁽¹²⁸⁾ Court of Appeal Judgment, *supra* note 102, para. 125. See, Zachary Douglas, *The International*

49 「投資条約ネットワーク」が投資条約の改廃にもたらす影響

まず、同要件の存在自体は、仲裁判断も両取消判決も揃って認めている。これは学説上の通説でもあり、例えば Zachary Douglas は次のように説明する⁽¹²⁹⁾。

投資条約は締約国に対し、その国内法令の執行を、投資保護の実体義務に従って行うよう義務づけている。国内法令を執行する管轄権ないしは権限は、国家に対し国際法が属地的に付与している。換言すれば、締約国は、その国内法令を受入国領域内の投資に関する実体的保護義務に従って執行しなければならない。この領域的連関 (territorial link) は、投資条約の冒頭規定や一部の義務の規定ぶりにおいて明示的に言及されている。しかし、この連関は明示されている必要はない。投資条約の全体構造においては、締約国による属地的管轄権の行使を制約することが前提となっているためである。

もっとも、明文規定を欠く場合にもこれが要件となるかは自明ではない。例えば Romak 対ウズベキスタン仲裁判断 (2009年) は、スイス・ウズベキスタン BIT が領域要件に関する明文規定を欠く点をもって、投資が物理的に被申立国の領域内でなされる必要はないと解釈している⁽¹³⁰⁾。この要件の有無は究極的には各 IIA の解釈問題であり、上訴法院も、同要件の根拠を「国際投資法上一般に受け入れられた原則と投資附属書の解釈」の両方に求めている。

また、投資財産が「領域内」にあるとは何を意味するのかも明確ではない。これまでの実行では、本国領域内の食品生産事業⁽¹³¹⁾や畜産事業⁽¹³²⁾、本国法上の水利権⁽¹³³⁾、第三国での大使館建設・警護事業⁽¹³⁴⁾等について、領域内性が否定されている。その一方、国債等の

Low of Investment Claims (Cambridge University Press, 2009), pp.297-298.

⁽¹²⁹⁾ Zachary Douglas, "Property, Investment, and the Scope of Investment Protection Obligations", in Zachary Douglas et al. (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bridging Theory Into Practice* (Oxford University Press, 2014), p. 373.

⁽¹³⁰⁾ *Romak S.A. v. Uzbekistan*, PCA Case No. AA280, Award, 26 November 2009 (Mantilla-Serrano (chair), Rubins & Molfessis), paras. 234-237. 参照, 山本晋平「投資協定仲裁判断例研究⁽¹⁴⁾投資協定上の「投資」概念についての UNCITRAL 仲裁手続における判断例」『JCA ジャーナル』57巻10号 (2010年) 20頁。See also, *Fleming Duty Free Shop Private Ltd. v. Poland*, UNCITRAL Arbitration, Award, 12 August 2016 (Van Houtte (chair), Kühn & Townsend), para. 308. 参照, 戸田祥太「投資協定仲裁判断例研究⁽⁸⁹⁾ UNCITRAL 仲裁手続における「投資財産」概念、株式取得による間接投資の保護及び国有企業による行為の国家への帰属」『JCA ジャーナル』64巻5号 (2017年) 28-29頁。

⁽¹³¹⁾ *Archer Daniels Midland & Tate & Lely Ingredients Americas, Inc. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/05, Award, 21 November 2017 (Cremades (chair), Rovine & Siqueiros), para. 273.

⁽¹³²⁾ *Canadian Cattlemen for Fair Trade v. US*, UNCITRAL Arbitration, Award on Jurisdiction, 28 January 2008 (Böckstiegel (chair), Bacchus & Low).

⁽¹³³⁾ *Bayview Irrigation District et al. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/05/1, Award, 19 June 2007 (Lowe (chair), Gómez-Palacio & Meese III), paras. 112-117.

⁽¹³⁴⁾ *SGS v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to

金融商品については、受入国領域との物理的連関がなくとも要件充足が認められる傾向にあり⁽¹³⁵⁾、その判断基準は判然とせず、条約上の権利の領域性を判断した例もない⁽¹³⁶⁾。Abaclat 対アルゼンチン管轄権受理可能性判断 (2011年) は、「投資財産の場所の判断は第 1 にそうした投資の性質による」と述べており⁽¹³⁷⁾、学説にも、判断基準は個別具体的に検討されると考えるものがある⁽¹³⁸⁾。

Swissbourgh 事件では、仲裁判断が用いた判断基準は未だ明らかでない一方、両取消判決は、それぞれ異なる基準を用いて領域性を否定する結論に至っている。

まず高等法院は、国際法上の権利について原則として領域的連関を否定しつつ、それが契約等により「国内法化 (internalise)」された場合は別であると付記する⁽¹³⁹⁾。これが、国際法の国内法への導入方式の内、レソトの採用する変形方式⁽¹⁴⁰⁾だけでなく一般的受容方式をも含むのかは定かではない⁽¹⁴¹⁾。しかしいずれにせよ、高等法院は当該国際法上の権利が受入国の国内法規範としての形式的地位を有するかを基準に領域性を判断している (法的地位基準)。

これに対し、上訴法院の示した理解は「事実上の支配基準」と呼び得るものである。すなわち、国際法上の権利は原則として領域的連関を欠くとする点では原審に同意しつつ、その保護を国が明示的に引き受ける場合と、当該権利を「専らその〔受入〕国だけが支配している」場合を例外として、後者につき、受入国を含む全加盟国の同意によってのみ改

Jurisdiction, 29 January 2004 (El-Kosheri (chair), Crawford & Crivellaro), para. 99. ただし傍論である。

⁽¹³⁵⁾ *Fedax N.V. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 11 July 1997 (Orrego Vicuña (chair), Heth & Owen), para. 41. See generally, Caroline Kleiner & Francesco Costamagna, "Territoriality in Investment Arbitration: The Case of Financial Instruments," *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 9 (2018), p. 315.

⁽¹³⁶⁾ BIT 上の賠償請求権が同じ BIT 上の投資財産 (「金銭債権」) に該当するかが問題となり、否定された事例は存在する。それによれば、「金銭債権」は「本条約それ自体以外の基礎を有さねばならない。その基礎は、契約、不法行為、法律、政令あるいはその他であり得るが、本条約それ自体だけというのはいずれも得ない。」*ACP Axos Capital GmbH v. Kosovo*, ICSID Case No. ARB/15/22, Award, 3 May 2018 (Pinsolle (chair), Feit & Thomas), para. 250. ここでは他の IIA 上の権利の投資財産該当性は肯定も否定もされていない。

⁽¹³⁷⁾ *Abaclat et al. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011 (Tercier (chair), Abi-Saab & van den Berg), para. 374.

⁽¹³⁸⁾ Christina Knahr, "Investments 'in the Territory' of the Host State", in Christina Binder *et al.* (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford University Press, 2009), p. 52.

⁽¹³⁹⁾ High Court Judgment, *supra* note 63, para. 203.

⁽¹⁴⁰⁾ *Khasake-Mokhethi v. Moloi et al.* (CIV/APN/73/13) [2013] LSHC 86 (22 August 2013), paras. 45-46.

⁽¹⁴¹⁾ 一般的受容方式も含まれるとすると、同方式の国と変形方式の国との間では保護される「投資財産」の範囲が異なることになる。これが不当であるとすれば、高等法院は、方式の如何に関わらず、領域的連関要件の充足には常に具体的な法律または契約による変形が必要であり、「投資財産」に直接該当するのはあくまでこの国内法上の権利のみであると理解していたものと推測される。

47 「投資条約ネットワーク」が投資条約の改廃にもたらす影響

廢可能な条約に基づく権利はこの要件を満たすと述べる。これによれば、国際法上の権利は、形式的に受入国の国内法規範として編入または変形されていなくとも、事実上、受入国がそれを実効的に保護し得る限りにおいて領域的連関が肯定される。

この基準の法的な妥当性を詳論することは本稿の直接の目的ではないが、これと類似した基準が、やや異なる文脈において採用されていることは指摘できる。2014年のクリミア「併合」後、同地で活動するいくつかの投資家がロシアに仲裁を申し立てており、同地がロシアの「領域」に当たるか否かが問題となっている。そのうち一部の仲裁廷は、当該 IIA という「領域」には受入国の事実上の支配が及んでいる地域が含まれると解釈し、クリミアをロシア領域とみなして仲裁管轄権を肯定した⁽¹⁴²⁾。上訴法院のとった基準は、この実行と少なくとも親和的である。

(3) 実践的帰結

仮にこの基準が妥当するならば、ある BIT（および全当事国の同意のもとでのみ改廢可能なその他の IIA）の改廢に対しては他の IIA による規律が及び、その両方により保護される投資家は改廢の合法性を国際法平面で争い得ることになる。条約の改廢はもはやその当事国の専権事項ではなくなり、それに応じて投資家の法的地位もより自立的ないしは「客観的」なものとなる。この可能性を排除するには、国は、当該他の IIA も同時に（遅くとも投資家による仲裁申立てより前に）残存条項もろとも改廢する必要がある。しかし、本来の改廢対象である IIA との関係では第三国に当たる当該他の IIA の相手国がそれに応じるとは限らず、同意の調達には外交上の困難が伴い得る。

ただし、改廢が実際に当該 IIA の実体規定の違反と評価されるかは別問題である。一般論としては、BIT 上の権利の改廢が①取用に当たるか、②公正衡平待遇義務（特に(a)正当な期待の保護義務および(b)裁判拒否の禁止）に違反するか、③義務遵守条項の違反に当たるか、といった点が問題になろう。特に、①および②(a)との関係では、IIA の改廢が条約法上の権限に基づくものである点がどう評価されるか、②(b)との関係では裁判拒否の禁止が国際的手続きにも適用されるか⁽¹⁴³⁾、③との関係では IIA 上の義務が同条項の適用対象となるか、といった点を、当該規定の解釈問題として検討する必要がある。

また、実体義務の違反が認められたとしても、本件のように当該権利の原状回復が常に

⁽¹⁴²⁾ *PJSC Ukrnafta v. Russia*, UNCITRAL Arbitration, PCA Case No. 2015-34, Press Release, 24 April 2019; *Stabli LLC and others v. Russia*, UNCITRAL Arbitration, PCA Case No. 2015-35, Press Release, 24 April 2019. See, Jarrod Hepburn & Ridhi Kabra, "Investigation: Further Russia Investment Treaty Decisions Uncovered, Offering Broader Window into Arbitrators' Approaches to Crimea Controversy", *IAREporter*, 17 November 2017 <<http://iareporter.com>>. 両判断とも未公開だが、仲裁地スイスの連邦最高裁判所の取消判決で概要が明かされている。BGer, 4A_396/2017, Urteil vom 16.10.2018, 4.2. ただし、ロシアは自国が事実上支配している地域も BIT 上の「領域」に含まれるとの解釈を争っていない点に注意を要する。

⁽¹⁴³⁾ 契約に基づく仲裁との関係で、参照、湯山智之「国家契約の仲裁条項における裁判拒否と国内救済完了原則」『立命館法学』363・364号（2015年）959頁。

命じられるとは限らない⁽¹⁴⁴⁾。特に、当該他の IIA が金銭的救済しか認めていない場合には、当該権利の金銭的価値をいかに算定するのか問題となる。この場合、国内における裁判拒否の事例でなされたように⁽¹⁴⁵⁾、「改廃された IIA のもとで仲裁が行われていればどのような結論となったはずか」を当該他の IIA 上の仲裁廷が問うべきかが、特に当該仲裁廷の管轄権および適用法の射程との関連で問題となり得る。

IV. まとめに代えて

本稿では、国際投資法改革の重要な手段として位置づけられつつある IIA の改廃に対して「IIA ネットワーク」の形成が及ぼし得る影響を、Swissbourn 対レトという事例を題材として検討してきた。

伝統的理解によれば、投資家の権利の根拠はあくまで個別具体的な IIA にあり、条約当事国は合意によってそれを任意に改廃できる。IIA は、受入国の国内を超えた国際平面での当事国の「恣意的」行為から投資家を保護することを目的としてはおらず、条約上の権利の剥奪は「裁判（仲裁）拒否」には当たらない⁽¹⁴⁶⁾。ST-AD 対ブルガリア管轄権判断（2013年）の次の判示は、この理解を反映している⁽¹⁴⁷⁾。

至要なこととして、国際共同体に参加するいかなる者も、それが国家であれ、国際機構であれ、あるいは自然人や法人であれ、司法的救済にアクセスする固有の権利を有してはいないということを忘れてはならない。そうした権利が生じるには、具体的な同意が与えられなければならない。

これに対し、Swissbourn 事件は投資家の権利が IIA ネットワークに基礎づけられる可能性を示した。シンガポール最高裁上訴法院の論理によれば、ある（全当事国の合意によってのみ即時的に改廃できる）IIA 上の投資家の権利は、同時に適用される他の IIA のもとで「投資財産」として捕捉され、IIA ネットワーク内に「バックアップ」される。投資家には、その剥奪の合法性を当該他の IIA のもとで争う道が与えられ、その内容次第では権利の「復元」さえ認められ得る。これは、条約改廃を通じた IIA 改革の「フェーズ 2」

⁽¹⁴⁴⁾ 本件では新たな仲裁手続きの開始にレトが同意していた。参照、拙稿「投資条約仲裁における投資家の国家責任追及権の根拠と性質 —— 非金銭的救済を素材として ——」『国際法外交雑誌』117巻2号（2018年）98-99頁。

⁽¹⁴⁵⁾ 参照、山本晋平「投資協定仲裁判断断例研究⁽³⁵⁾国内裁判所の不当遅延に関して裁判拒否（denial of justice）の特別規定に基づく投資協定違反と損害評価・国内税法適用が問題となった事例」『JCA ジャーナル』59巻5号（2012年）23-24頁。

⁽¹⁴⁶⁾ Jorun Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law* (Oxford University Press, 2017), p. 38.

⁽¹⁴⁷⁾ *ST-AD GmbH v. Bulgaria*, UNCITRAL Arbitration, Award on Jurisdiction, 18 July 2013 (Stern (chair), Klein & Thomas), para. 337.

45 「投資条約ネットワーク」が投資条約の改廃にもたらす影響

に対する実践的制約となる可能性がある。

この立場においては、IIA ネットワークはもはや相互に無関係の条約の束としては見られていない。それはむしろ、その構成要素たる各 IIA の改廃に対しても規律を及ぼし、ネットワーク全体で投資家に一定の保護を提供する一体的なシステムである（またはあるべきである）と理解できる。これは、今日の国際投資法の目的理解に関する重要な問題提起である。また、ネットワーク全体（「グローバル投資法」⁽¹⁴⁸⁾）と、それを構成するとともにその介入を受ける個々の IIA との間の関係の理論的説明も課題となるし、またその正統性の問題にも取り組む必要も生じる。

さらに、ネットワーク全体が一体的なシステムとして理解されるならば、各 IIA のもとで権利を享有する個々の投資家（自然人や法人）についても、それぞれ別個独立の単位として把握してよいか問題となる。伝統的理解によれば、IIA は自らの適用範囲に入る投資家には権利を与え、その者が他の IIA のもとで同時に保護されているかには関心を払わない⁽¹⁴⁹⁾。しかし最近では、同一の利益を共有する複数の投資家による並行仲裁を濫用として規制する判断が現れており⁽¹⁵⁰⁾、形式的には別個の IIA のもとで権利を持つ投資家が、実質的に一体の単位であるかのように扱われている。個々の IIA の枠を超えた投資家の地位をいかに理解すべきかも、上記の課題と表裏一体をなす問題であり、合わせて検討が求められる。

〔付記〕本稿は、国際法研究会（2019年3月30日、京都大学）および東西合同研究会（2019年5月19日、駒澤大学）における口頭報告に基づくものであり、JSPS 科研費18H05654および19K20858の研究成果を含む。

⁽¹⁴⁸⁾ 「グローバル投資法」（「BITS, NAFTA 11章のような地域的通商協定の投資章、およびこれら1次的法源に基づく投資仲裁判断の広範かつ濃密なネットワーク」）が個々の IIA の内容に与える影響を、社会学的観点（世界政体（world polity）理論）から分析する論文として、Sungjoon Cho & Jürgen Kurz, “The Limits of Isomorphism: Global Investment Law and the ASEAN Investment Regime”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 17, No. 2 (2016), p. 341.

⁽¹⁴⁹⁾ 「2つの別個の条約が同一の事実および事情から生じた各申立人に救済を与えても、各条約のもとで管轄権が認められるならば、申立人の一方が管轄権を奪われることはない。」*CME v. Czech*, *supra* note 40, para. 412. 「複数の並行手続きの存在は、本仲裁廷の権限および実効性に何ら影響せず、当事者の権利も損なわない。むしろ本手続きこそが、当事者の本条約上の権利を保護できる唯一の場である。」*Lauder v. Czech*, *supra* note 40, para. 174. ただし、本件では被申立国が両手続きの併合を拒んでいたという点に注意を要する。

⁽¹⁵⁰⁾ *Orascom TMT Investments S.à.r.l. v. Algeria*, ICSID Case No. ARB/12/35, Award, 31 May 2017 (Kaufmann-Kohler (chair), van den Berg & Stern), paras. 542-547; *Union of India v. Vodafone Group Plc United Kingdom & ANR*, I.A.9461/2017 in CS (OS) 383/273, Judgment, 22 August 2017 (India).