

二国間投資協定はいかにして 日本の投資家を保護できるか

ロバート T.グレイグ*

クローディア・アナカー**

角田 太郎***訳

I はじめに

二国間投資協定 (BIT: Bilateral Investment Treaty) は、対外投資に対する中立的かつ効果的な保護を提供する。最初の BIT が1959年にドイツとパキスタンとの間で締結されて以来、BIT の数は飛躍的に増大し、今では2,200件を超えるほどである。

日本は1977年に初めてエジプトとの間で BIT を締結したが、BIT のネットワークを拡大することにおいては諸外国に遅れを取った。しかしながら、最近の日本政府の方針はこの傾向に大きな変化をもたらしている。日本は過去2年間に主にアジア諸国との間で多くの BIT を締結し、今では、中国、ロシア、韓国を含む12カ国との間で BIT を締結している (すべて発効済みである)。これらの BIT により、日本の投資家は、投資先である受入国を相手に、さまざまな不法な行為を是正するため、中立的な機関による仲裁の申立を行うことができる。

メキシコ、タイ、マレーシア、さらに広くいえば ASEAN 諸国等、日本企業が広く投資を行う諸外国との間においても、BIT を締結す

ることが日本政府の方針であり、BIT による救済が可能となる状況が将来急速に広まること予想される。また、既存の BIT (たとえば中国とのもの等) についても、より広範な保護を獲得するために再交渉し、新規および既存の投資に対し他の諸国に対する保護よりも幅広い保護を提供する条項を含む、新たな BIT の締結に向けて交渉することも日本政府の方針である。

II BIT により保護される投資家および投資

ほとんどの日本の BIT は広範囲の投資家および投資を保護している。多くの大陸法系の国の BIT と同様に、日本の BIT は、日本国民および日本法に基づき設立され日本に存在する日本の法主体を保護している。典型例は、日韓投資協定中の「投資家」の定義である。当該 BIT のもとでは、対象となる投資家は、(a)当該締約国の関係法令によりその国籍を有する自然人、(b)当該締約国の関係法令に基づいて設立

— も く じ —

- I はじめに
- II BIT により保護される投資家および投資
- III BIT による実体的保護
- IV ICSID 仲裁および日本の投資家が享受できる救済手段
- V BIT の保護を最大限に利用するための投資のストラクチャリング

*Robert T.Greig, クリアリー・ゴットリーブ・スティーン&ハミルトン パートナー

**Claudia Annacker, クリアリー・ゴットリーブ・スティーン&ハミルトン

***つのだ たろう, 日本国・ニューヨーク州弁護士 (CGSH法律事務所)

本稿は、去る9月16日開催の国際商事法研究所月例会における、スピーチ・ペーパーの要約を翻訳したものである。(編集部)

され又は組織される法人その他の団体（会社、社団、信託、組合、個人企業、合弁企業、団体及び組織を含む）と定義されている¹。

日本の BIT は、一般的に、可能なかぎり広範な投資を保護する。（条約の文言としても「すべての種類の資産」を保護している。）たとえば、日韓 BIT の下では、「投資」の中に(a)企業、(b)株式、出資その他の形態の企業の持分、(c)債券、社債、貸付金その他の形態の貸付債権、(d)契約上の権利、(e)金銭債権及び金銭的価値を有する契約に基づく給付の請求権、(f)商標、意匠、集積回路の回路配置、著作権、特許、営業用の名称、ノウハウを含む知的財産権、(g)天然資源の探査・採掘の権利等の事業権、(h)有形であるか無形であるかを問わず、また動産であるか不動産であるかを問わず他のすべての資産、及び賃借権、抵当権、先取特権、質権その他関連する財産権が含まれる²。他の例として、日越投資協定も同様に保護対象となる投資を広範に定義している³。

したがって、BIT の保護を受けることができる法主体または投資活動の種類には、基本的に実質上の制限はない。

日本の投資家がベトナム企業の25%の持分を所有している場合、日本の投資家は株主としての権利の完全な保護を日越 BIT の下で享受できる⁴。日本の投資家がベトナム企業の100%の持分を所有している場合、日越 BIT に基づき、このベトナム企業自体が保護対象の投資を構成するため、この投資家は、株主としての権利に加えて、子会社に影響を及ぼす禁止措置に対し完全な保護を受けられる⁵。日本の投資家がシンガポール等の第三国に設立した持株会社の100%の株式を所有し、その会社がベトナム企業に投資する場合、日越 BIT に基づき、この投資家は、間接的に所有するベトナム企業について完全な保護を享受できる⁶。シンガポールで設立され、実際にシンガポールで経営されている日本の子会社がインドネシアまたは1987年 ASEAN 投資協定に加盟している他の ASEAN 7カ国のいずれかに投資する場合であれば、こ

のシンガポールの子会社は、インドネシアへの投資に対する完全な保護を ASEAN 投資協定の下で享受できる。日本の投資家がインドネシアで経験した多くの問題を考えると、ASEAN 投資協定の下で得られるこれらの保護はきわめて重要である。

III BIT による実体的保護

日本の BIT は通常、内国民待遇、最恵国待遇および公正かつ衡平な待遇の三つの基本的な保護を提供する。日本の投資家は、受入国が自国または諸外国の投資家に与える最善の待遇を保証され、いずれの場合も、公正かつ衡平な待遇を受ける権利を認められる。

1 内国民待遇

内国民待遇は、受入国が同様の状況において自国民に与えるものよりも不利でない待遇を日本の投資家に対し保証する⁷。内国民待遇違反が問題となる事例としては、ローカル・コンテンツおよび現地人雇用の要求、差別的税制、差別的関税、国内企業を優遇する規則または手続上の要件、国民への補助金、居住要件、国内企業を優遇する免許要件、環境基準の相違ならびに情報開示要件の相違が挙げられる。伝統的にこの保護は受入国における投資の許可後にのみ与えられてきたが、2003年日韓 BIT およびシンガポールと締結した2002年経済協定の BIT 保護条項を含む最近のBITでは、日本政府は内国民待遇による保護を投資の許可前にまで拡大してきている。日本の潜在的投資家は、特定の産業分野を除き、国内投資家に認められるアクセスと同等の新たな投資アクセスを認められるのである。

2 最恵国待遇

最恵国 (MFN: Most Favored Nation) 待遇は、受入国が同様の状況において他国の国民に提供する最高のレベルまで保護のレベルを引き上げるものである。すべての日本の BIT は MFN 条項を有しており、多くの BIT は、内

国民待遇が投資の許可前には適用されない場合でも、MFN 条項を、投資の許可前および許可後の双方に適用してきた。最恵国待遇は実体面および手続面での最恵国待遇を包含している⁸。

影響を受ける日本の投資家は、他の多国間または二国間協定の条項、税制上その他の特別な優遇措置、他国の一ないしは複数の投資家に付与されている特別税その他の奨励措置、規制上の優遇措置について、入念に調査すべきである。MFN 条項を含む従前の日本の BIT に定められたより低いレベルの保護は、最新の BIT の保護レベルまで自動的に引き上げられる。

3 公正かつ衡平な待遇

日本の BIT は、投資の許可後の「公正かつ衡平な待遇」を定めている。本質的にこの条項は、不合理で差別的な措置を受けることなく事業活動を営む権利を保護するものである。もう一つのポイントは、投資家の正当な期待と受入国の約束に対する信頼を裏切らない、予測可能な投資の枠組みを受入国が提供しなければならないことである⁹。この基準が適用される事例はしばしば革新的であり、影響が広範囲に及ぶことが多い。一つの例として、イラン政府が、不安定な革命下の状況において発せられた反米的な声明を正当と認めたことが、この基準に違反すると判断されたことがある¹⁰。内国民待遇違反に関する従来型の差別の事例は、公正かつ衡平な待遇の基準にも違反する恐れがある。

公正かつ衡平な待遇の基準は、日露 BIT に見られるようないわゆるアンブレラ条項も包含している。日露協定第 3 条第 3 項は「各締約国は、他方の締約国の投資家が行う投資に関して義務を負うこととなった場合には、当該義務を遵守する」と定めている¹¹。アンブレラ条項の下では、契約上の義務の尊重は BIT により保護される権利となる。したがって、この条項により、当事国の契約上の義務違反が BIT 違反となる場合がある¹²。この原則の適用例には、国有企業との探査・事業権契約、ライセンス許

諾契約および合弁事業契約の違反等が含まれる。

4 その他の実体的保護

収用はあらゆる日本の BIT の下で厳格な制限を受けている。収用は通常、公共目的のため、正当な法的手続に従い、差別的でなく、また迅速、適切かつ有効な補償がなされる場合にのみ認められる。これらの条件のうちもっとも重要なのは適切な補償、すなわち収用の可能性に起因する価値の減少を考慮することなく、収用時の投資の市場価格に等しい補償（投資のリターンを含む）がなされることである。しばしば「忍び寄る国有化（creeping nationalization）」または「間接的国有化」とよばれる、収用と同等の措置も保護対象となる。したがって、財産の所有権の移転は伴わないものの通常の事業活動を実質的に妨げる国の行為は、この保護の対象となり、迅速、適切かつ有効な補償が要求されることがある¹³。例を挙げると、過大または恣意的な課税、長期間の配当禁止、経営に関する強制、不合理な環境規制の強制、従業員解雇の禁止、原材料の入手源へのアクセス拒否または不可欠な免許の拒否がある。

これらに加えて、日本の BIT は、資本の本国送金の権利、返済金その他契約に基づく支払い、裁判所へのアクセス権を含む特別な保護を定めており、また、ベトナム、韓国、シンガポールとの間の最新の BIT にはパフォーマンス要求の禁止が含まれている。

IV ICSID 仲裁および日本の投資家が享受できる救済手段

日本の BIT は、典型的に、投資紛争解決条約（ICSID 条約）または UNCITRAL 仲裁規則に基づく仲裁を定めている¹⁴。日本の BIT は一般に救済手段について定めていないため、投資家に認められる救済手段は、適用法に従い決定されなければならない。ICSID の仲裁においては、両当事者が適用法について合意しないかぎり、仲裁裁判所は受入国の法律および国際法

を適用し (ICSID 条約第42条第1項), 投資家は、違反が起きなかった場合の状態に投資家を回復させるために必要な額の賠償または補償 (合理的に予測できたであろう逸失利益を含む) を受けることができる。BIT 違反に対して仲裁裁判所が与える典型的な救済は、金銭補償である。

ICSID の仲裁は、受入国と投資家の本国が ICSID 条約の締約国であり、受入国が BIT の中でまたは別途 ICSID の仲裁に同意していれば、一般に利用することができる。日本は ICSID 条約の締約国であるので、日本の投資家は、受入国も締約国であり、関連する BIT その他の文書に ICSID の管轄権に対する同意があることを確認するのみでよい。

日本・シンガポールの BIT や日本・香港の BIT など、日本の BIT のいくつかは、受入国の同意を明確に規定しているか、または BIT の文言の中に黙示の同意が包含されている。これらの BIT の下では、投資家は、仲裁請求をただちに申し立てることができる。その他の日本の BIT は、受入国の同意義務を定めており、これらの BIT の下では、投資家は、BIT に基づく受入国の同意義務に依拠することができるが、仲裁請求をただちに申し立てることはできない。

ICSID ルールは、ICSID の仲裁の申立、登録および実施について詳細な手続を定めている。ほとんどの日本の BIT の下では、両当事者が別途合意しないかぎり、仲裁はワシントン DC にある世界銀行の施設で行われる。仲裁裁判所は通常、3名の仲裁人で構成され、各当事者が仲裁人を1名選任し、3番目の仲裁人は両当事者の合意により選任される。両当事者が所定の期限内に3番目の仲裁人の選定に合意できない場合、定評ある経験豊富な仲裁人団の中から投資紛争解決国際センターが仲裁裁判長を選任する。仲裁裁判所を構成する仲裁人の過半数は、第三国の国籍を有していなければならない。両当事者が仲裁で使用する言語について合意する場合を除き、使用言語は、投資紛争解決国際セ

ンターの決定するところに従い、英語、フランス語またはスペイン語となる。

ICSID の仲裁の主な利点の一つは、ICSID 条約が、同条約の144の締約国において、金銭的な請求に関する仲裁判断の自動承認および執行を義務づけていることである (ICSID 条約第54条第1項)。仲裁判断の執行に関するニューヨーク条約と異なり、執行に対する抗弁を持ち出すことはできず、国内裁判所がそれを検討することもできない¹⁵。ICSID 裁判所が下したすべての金銭的な請求に関する仲裁判断のうち、受入国に仲裁判断を遵守させるために執行手続が必要であったのは3件のみである。重要なことは、これら3件の事例 (それぞれコンゴ、セネガルおよびリベリアに対する仲裁判断に関するもの) において、投資家は、受入国の国内裁判所ではなくフランスまたは米国での執行手続を申し立てたことである。それぞれの事例において、投資家は、国家免責により正当に保護される資産に対するものを除き、仲裁判断の執行命令を首尾よく獲得している。

V BIT の保護を最大限に利用するための投資のストラクチャリング

日本の投資家がある国への投資を計画している場合、その投資家は通常、投資の所有形態に関してさまざまな選択肢を有している。たとえば日本企業がマレーシアへの投資を望む場合、一つの可能性はマレーシア企業の株式を直接所有することである。しかし、日本とマレーシアの間には現在 BIT が存在しないため、このような形態を選択すると BIT の保護を受けることができない。

BIT の保護を受けるために、この日本企業は、シンガポールまたは韓国で設立され実際にも事業をおこなっている子会社を用いてマレーシア企業の株式を所有することを検討すべきである。シンガポール企業を利用した場合、取用その他の BIT 違反が生じた場合には、ASEAN 投資協定に基づきマレーシア政府に対し請求を申し立てることができる。もう一つの

選択肢として、マレーシアに投資ビークルを所有する韓国の子会社は、マレーシア・韓国間のBITの下で、マレーシアに対し同様の請求を申し立てることができる。

上記の例は、BITの保護を最大限に利用するための投資のストラクチャリングの一般的な手法を示したものであるが、ブラジルを除き、関連するほとんどの国が少なくとも何らかのBITを締結しているので、ほぼ必ずBITの保護を利用できる投資のストラクチャリングが可能となるはずである。投資ビークルの選択に影響を及ぼす検討事項は他にも数多くあるが、ほとんどの場合、BITのネットワークによって複数のストラクチャーが可能になるので、租税、経営方式その他の投資ストラクチャーを左右する検討事項に影響を及ぼすことなく、BITの保護を利用できる投資のストラクチャリングが可能となるはずである。したがって、企業の事業計画担当者および法律顧問は、企業の投資ストラクチャリングを検討する際に、BITの構造を常に考慮に入れるべきである。

〔注〕

- 1 投資の自由化、促進及び保護に関する日本国政府と大韓民国政府との間の協定第1条第1項(2002年3月22日署名、2003年1月1日発効)
- 2 前掲第1条第2項。
- 3 投資の自由化、促進及び保護に関する日本国とベトナム社会主義共和国との間の協定第1条第2項(a)(2003年11月14日署名)。
- 4 前掲第1条第2項(b)
- 5 前掲第1条第2項(a)。中国、ロシアおよびトルコ等とのものを含む従前の日本のBITは、日本の投資家の株主としての利益を保護しているが、子会社自体は保護対象としていない。ただし、株主としての利益保護には子会社を管理・支配する権利が含まれている。
- 6 たとえば日中投資協定など従前のBITは、一般に間接投資を十分には保護していないが、日本の投資家が第三国に設立した持株会社に実質的な持分を有する(すなわち支配権を行使できる)場合で持株会社が設立されている第三国と受入国の間でBITが存在しない場合に、一定の保護を与えている。持株会社が設立されている国と受入国の間にBITが存在する場合には、投資家は当該BITの保護に直接に依拠することができるだけ

である。

- 7 日本は、1988年に中国との間でBITの締結交渉を行った際、中国がそれまでBITにおいては認めてこなかった内国民待遇を認めさせるという画期的な成果を挙げた。社会主義経済または複合経済の下でこの保護が厳密に何を意味するかを判断するのは容易ではないかもしれないが、文面上は、類似の状況において有利な待遇を与えられている中国企業を投資家が指摘できる場合に、内国民待遇違反の請求が根拠づけられる。
- 8 Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of January 25, 2000.
- 9 Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF) 00/2, Award dated May 29, 2003 para. 154.
- 10 Rankin v. Iran, 17 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. at 147-49, 151 (1987)
- 11 投資の促進及び保護に関する日本国政府とロシア連邦政府との間の協定第3条第3項(1998年11月13日署名)
- 12 SGS v. Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of January 29, 2004; F.A. Mann, British Treaties for the Promotion and Protection of Investments, 52 BYIL 241 (1982) at 246; Ch. Schreuer, Traveling the BIT Route - Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, 5 Journal of World Investment & Trade (2004) at 250; see, however, SGS v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of August 6, 2003; Joy Mining Machinery Limited v. Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction of August 6, 2004.
- 13 Goetz v. Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Decision of September 2, 1998; CME v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, September 13, 2001.
- 14 明らかな例外は日中BITであり、中国のBITの典型的なパターンを踏襲し、仲裁を収用時の補償に関する紛争に限定している。
- 15 非金銭的請求に関する仲裁判断は自動的に承認されるが、執行はそうではない。金銭的請求に関する仲裁判断と非金銭的請求に関する仲裁判断にこのような差異があることから、投資家が求めるものが免許の回復、輸入制限の解除その他投資を回収するための特定の救済である場合でも、それらに変わる金銭的請求を求めるのは賢明なことであろう。 