

# Tokyo Dispute Resolution and Crisis Management Newsletter

September 2016

Edition No. 10

In this September edition, we are delighted to present legal and industry updates from the firm's global network of offices. The selection is based upon our experience of the wide variety of issues faced by our clients in their business operations and investments around the world.

We hope that you enjoy the edition, and would welcome the opportunity to discuss further any matters which impact your business today.



**Chris Bailey**  
Partner, Tokyo

+81 (0)3 4510 5603  
[cbailey@kslaw.com](mailto:cbailey@kslaw.com)

King & Spalding was selected as one of the top four international arbitration practices globally, noting that *"their understanding of the law is ... unparalleled"*

**Chambers Global**

## In This Issue:

[Lead Article.....](#) **Page 1**

[Resources & Links....](#) **Page 6**

[Our Team.....](#) **Page 7**

## A Sleeping Sword – Protection for Japanese Corporations Investing Outside of Japan

### A Guide to International Investment Agreements

#### Introduction

Over the past twenty years, International Investment Agreements ("IIAs") have become an increasingly popular and valuable tool for investors to manage their foreign investment risk.

Japan signed its first Bilateral Investment Treaty with Egypt in 1978 and since then has concluded a further 26. It is also a party to numerous Free Trade Agreements and Economic Partnership Agreements, including the recent, and more controversial, Trans-Pacific Partnership. Yet despite the increasing trend for foreign investors to enforce their treaty rights through investor-state arbitration, Japanese investors have been a reluctant claimant, commencing just two of the 739 known claims.

This article will explain the evolution of IIAs of over the past twenty years before turning to focus on Japan's foreign direct investment into Asia and how treaty protection could benefit Japanese investors.

#### The rise of BITs and TIPs

IIAs are divided into two types: (1) Bilateral Investment Treaties ("BITs") and (2) Treaties with Investment Provisions ("TIPs").

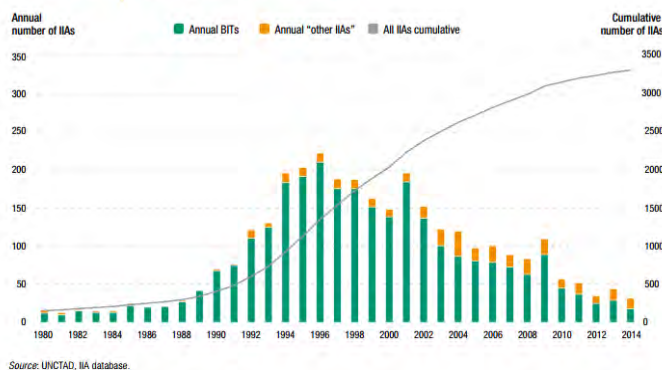
A BIT is an agreement between two countries which establishes a framework to promote and protect the investments made by investors from the respective countries into each other's territory.

TIPs encompass various types of investment treaties that are not BITs. The most common forms are Free Trade Agreements ("FTAs") and Economic Partnership Agreements ("EPAs") with investment chapters.

BITs and TIPs vary from one to another, but they generally grant substantial rights to foreign investors, provide safeguards against the actions of the host government, and usually enable foreign investors to enforce those rights by submitting investment disputes to an international arbitral tribunal (rather than having to use the local courts).

The first BIT was signed in 1959 between Germany and Pakistan. By the early 1990s there were around 500 BITs, and by the late 1990s there were more than 2,000 BITs in force. There are now 2953 signed BITs, 2322 of which are in force, and 363 TIPs.

Figure III.4. Trends in IIAs signed, 1980–2014



### What is Investor-State Dispute Settlement?

Investor-State Dispute Settlement (“ISDS”) is the settlement of disputes between investors and host governments, usually by way of international arbitration. Although not without controversy, ISDS provisions are supposed to ensure a neutral dispute resolution forum, and provide an arbitral award which is readily enforceable in most jurisdictions.

States started to include ISDS provisions in their IIAs in the late 1960s and early 1970s, and by the 1990s the inclusion of ISDS provisions was standard practice. According to an OECD study, only 6.5 per cent (of the 1,660 BITs reviewed) do not provide for investor-state arbitration.

### ISDS: Argentine Origins

Despite the significant increase in the number of BITs entered into by states during the 1990s and the inclusion of ISDS provisions, the total number of known investor-state arbitrations initiated by the end of 1999 was only 43. Investor-state arbitration was a relatively underused and, for some investors, unknown tool.

Interestingly, it was the Argentine financial crisis in the early 2000s which changed the position. The measures taken by Argentina to respond to the economic crisis,

for example changes to tariff regimes and concession agreements, the devaluation of the peso, and the adoption of the Emergency Law of 2002 which modified natural gas regulation, sparked an explosion in the number of investment treaty claims. These measures became the subject of over 40 claims.

The effect was not only to increase the total number of investor-state arbitrations, and the profile of ISDS generally, but it was in these Argentine cases that the interpretation and application of the treaty standards were tested and developed by the investors and their lawyers. As a result, the Argentine cases marked a significant step in the transition of ISDS from theoretical protection to valuable tool.

### The Development of FET

The obligation of the state to accord fair and equitable treatment (“FET”) to foreign investments is now the most relied upon and successful basis for IIA claims by investors.

Tribunals have interpreted the FET standard broadly to include a variety of specific requirements including the state’s obligation to act consistently, transparently, reasonably, and without ambiguity. Examples of state conduct that is deemed inconsistent with the FET standard includes the revocation of operating licences, refusal to issue permits, withdrawal of tax exemptions, and suspension of tariff adjustments.

### The Development of Expropriation

The obligation of the state to provide adequate compensation in the event of direct, and often indirect, expropriation is another key guarantee. Direct expropriation includes the outright physical seizure of the property, whereas indirect expropriation includes measures that fall short of physically taking the asset but that permanently destroy the economic value of the investment or deprive the owner of its ability to manage, use or control the property.

Claimants in several of the investor-state arbitrations arising out of the 2000-2002 crisis alleged that Argentina’s measures to deal with the crisis constituted acts of indirect expropriation. However, in nearly all of those cases, the tribunals rejected the claim on the

grounds that those measures did not amount to a permanent, substantial deprivation of the economic substance of the investment (see *Siemens v. Argentina* (ICSID Case No. ARB/02/8B), where the tribunal did find that Argentina's actions constituted expropriation).

### ISDS: The Steady Rise

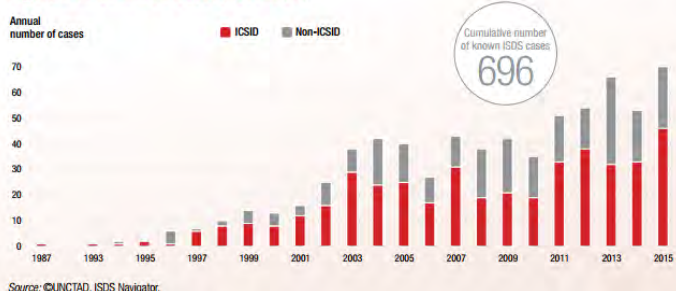
Since the Argentine cases, investor-state claims have steadily risen and as of August 2016 there were 739 known treaty-based investor-state arbitrations, 72 of which were initiated in 2015. 479 of these arbitrations were (or are) administered by the International Centre for Settlement of Investment Disputes ("ICSID"), 88 by the Permanent Court of Arbitration, and 36 by the Stockholm Chamber of Commerce.

According to UNCTAD, the two types of state conduct most frequently challenged by investors in 2014 were (i) cancellations or alleged violations of contracts or concessions, and (ii) revocation or denial of licenses or permits.

### From South America to Europe

Today, the Energy Charter Treaty ("ECT") is by far the most frequently invoked treaty in ISDS claims (95 cases as of August 2016). The ECT came into force in 1998 and has been signed or acceded to by 52 states, including Japan. 32 of those 95 claims made under the ECT arise out of a series of renewable energy reforms undertaken by the Spanish Government as a result of the Global Financial Crisis. Similar claims are emerging against Italy. The ECT was also the basis for the \$50 billion award in favour of Yukos Oil Company against Russia, although that has recently been set aside (UNCITRAL, PCA Case No. AA 227).

Figure 1. Known ISDS cases, 1987–2015



### Japan's BITs and TIPs

Japan has entered into a total of 27 BITs (of which 20 are in force), and 20 TIPs (of which 17 are in force). The majority of Japan's BITs and TIPs are with Asian countries (14 of 27). Six are with states in the Middle East, and three with South American countries. Japan has just two European BITs (Ukraine, which is signed but not yet in force, and Switzerland), and only one with Africa (Mozambique). It does not have a BIT with the US, but both Japan and the US are parties to the Trans-Pacific Partnership ("TPP") which was signed in February 2016.

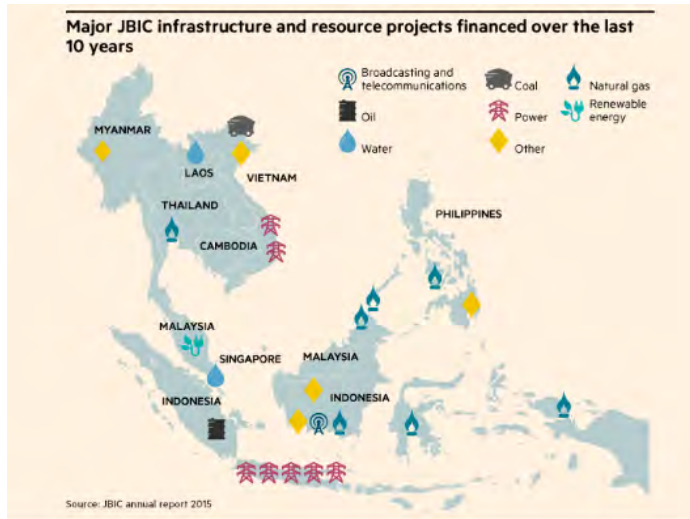
### Japanese investment

The relatively high concentration of IIAs with Asian countries reflects Japanese investment into that part of the world. FDI outflows in 2015 totalled US \$ 128.6 billion, making Japan the second largest investor in terms of FDI outflow (behind the U.S. whose FDI outflow was US \$ 299.9 billion and just ahead of China, at US \$ 127.5 billion). Noticeably, Japanese FDI flows to the ASEAN-6 countries during the past 5 years have more than doubled as compared to investment in 2006-2010.

Several reasons are cited for this increase, among them the need to diversify following the 2011 earthquake, low Japanese growth and interest rates, balanced against the high GDP growth in its neighbouring South East Asian countries, an abundance of natural resources, and deterioration of relations with China. This trend is matched globally, as East and South-East Asia together continues to be the largest FDI recipient region in the world.

But Japan's investment into South East Asia is set to rise even further: according to the Japan Bank for International Cooperation ("JBIC"), roughly 56% of Japanese firms intend to expand business into ASEAN in the next three years. The TPP (whose signatories include Malaysia, Singapore and Vietnam) will, if implemented, lower tariffs and cut trade barriers in the region. In addition, in May this year the Japanese parliament approved a change to the operation of JBIC, which will permit JBIC to finance riskier infrastructure projects, thereby leading to greater investment into ASEAN.





More generally, Asian countries continue to liberalise foreign investment, making them ever more attractive as investment destinations: Indonesia recently increased the foreign investment cap in several industries, including for pharmaceuticals, venture capital operations and power plant projects carried out as public-private partnerships. Myanmar recently removed 11 items from the prohibited list for foreign investors, and India has liberalized foreign investment in Indian railway infrastructure.

### *Using BITs and TIPs to Protect that Investment*

In a time where Japanese foreign direct investment into Asia is growing and is set to increase further in the coming years, Japan's treaty protection with its Asian neighbours is increasingly important. Despite the numerous and lucrative investment opportunities, much of South East Asia remains an uncertain environment for Japanese investors. Legal and political risks mean that careful thought needs to be given to planning investments in order to mitigate these risks.

Relying on IIAs to manage investment risk is a sensible and complimentary addition to other risk mitigation methods, such as insurance and contractual protections. Establishing which IIAs exist to protect Japanese investors, and reviewing their provisions to understand the scope and level of protection afforded, is an important first step.

Assessing the availability of the BITs between host

states and third countries by re-structuring assets through those countries is also sensible. Structuring investments through special purpose companies incorporated in intermediary countries has been a successful strategy for many investors. The Netherlands is often used for this purpose because of the protection offered by the Netherlands' BITs and the fact that they normally apply to investors of other states investing through Dutch incorporated companies. It is therefore not surprising that the Netherlands has originated 80 claims as home state of the claimant (second highest number of claims to the US). That being said, in March 2014 Indonesia confirmed that it would not renew its BIT with the Netherlands, and is said to be planning on terminating around 60 other BITs. We will wait to see if other countries follow suit, although India has already announced its intentions to renegotiate its BITs with 47 countries.

Japan has a BIT or TIP (or both) with each ASEAN-6 country (notably, Japan's EPA with Indonesia remains in force), and also with, Cambodia and Lao, which all contain (i) a guarantee that investors and their investments will be treated no less favourably by the host state than the host state's own investors, or investors from other states, (ii) a guarantee to protect the investments against expropriation without compensation, and (iii) a requirement that the host state provides full protection and security to Japanese investments. With the exception of the Japan – Philippines EPA, each of those IIAs also contains ISDS provisions. In relation to the Philippines, a simple remedy could be structuring the investment to take the benefit of the ASEAN Comprehensive Investment Agreement.

### *Japanese engagement with ISDS*

By the end of 2014 there were still no known cases of Japanese investors commencing ISDS proceedings under an IIA. The position recently changed, however, when JGC Corporation commenced a claim against Spain in 2015 under the Energy Charter Treaty relating to its investments in the renewable energy sector (ICSID Case No. ARB/15/27). Eurus Energy followed suit in 2016 with a similar claim (ICSID Case No. ARB/16/4).

With a tally now at 2 claims, Japan is still seen as a

hesitant claimant in ISDS proceedings (compared to, for example, the 145 cases from the US, 64 from the UK, 53 from Germany and 41 from Canada). Although this is not necessarily surprising when compared to the number of claims commenced by Japan's neighbouring Asian investors (4 claims originating in China, and 3 in each of South Korea, Singapore and India), it is perhaps more surprising when compared to the amount of money Japan invests globally through FDI. It is also interesting that the Japanese government appears to have more of an appetite for disputes, having commenced 22 cases as complainant at the World Trade Organization (in addition to involvement as a third party in a further 161 cases).

It should be noted, however, that Japanese investors have not been completely passive. There are at least two recent examples of indirect involvement of Japanese investors in investor-state claims: Saluka Investments B.V., a subsidiary of the Nomura Group, commenced a claim against the Czech Republic in 2001, and Indonesian mining company Newmont Nusa Tenggara, partly owned by Sumitomo Corporation, commenced an arbitration against Indonesia in 2014 (ICSID Case No. ARB/14/15) which was subsequently withdrawn. There are also instances of Japanese investors using the threat of arbitral proceedings to secure favourable settlements: in 2014 Nippon Asahan Aluminium, a joint venture comprised of twelve Japanese investors, threatened the Indonesian government with an ICSID claim when the parties failed to reach an agreement on the value of the joint venture's assets. Shortly after, a resolution was achieved.

### Conclusion

The past fifteen years have seen an enormous growth in investor-state arbitrations commenced under IIAs. What is clear is that investors are increasingly using ISDS provisions as a way of enforcing the protections afforded to their investments under International Investment Agreements.

Unsurprisingly, countries are embracing investor-state dispute settlement with varying degrees of enthusiasm and appetite. The decision of an individual investor to commence an investor-state dispute might have commercial origins, but may also be affected by

political issues and sensitivities, and even local concerns or norms. We have also seen that global political and economic trends have a direct impact on both the number and nationality of claims and respondents.

While Japan has not been aggressively pursuing investor-state arbitrations, it has been securing investment protections and ISDS provisions in its IIAs since the 1980s. The JGC and Eurys cases demonstrate that Japanese investors are willing to formally utilise these protections. This is a positive sign and could indicate the start of an increasing trend to protect Japanese overseas investment.

### About the Authors

Chris Bailey and Flora Jones are both members of the firm's International Arbitration Practice.

Chris is based in King & Spalding's Tokyo office and leads the Tokyo Disputes practice. He has over 10 years of experience acting for Japanese clients on disputes and regulatory matters, is a Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators, a Solicitor Advocate of All Higher Courts of England & Wales and is registered as a Gaikokuho Jimu Bengoshi.

Chris is currently ranked by Chambers for Dispute Resolution: International – Japan and listed as an Arbitration Expert (Japan) by Who's Who Legal. The directories comment that he has *"a wealth of experience in the resolution of international, commercial disputes"*, *"he is viewed by peers as a very smart guy"* and *"approachable, very knowledgeable on litigation, dispute resolution and regulatory investigations and a trusted adviser"*.

Globally, King & Spalding has a preeminent Disputes practice that comprises more than 600 lawyers in 20 offices, combining strong litigation, arbitration, and regulatory expertise with deep-seated experience in common and civil laws. Moreover, the 2016 Global Arbitration Review recognised King & Spalding's international arbitration group as one of the top five international arbitration practices in the world.

In addition, our Singapore team have been recognised as elite international arbitration practitioners in the region, earning top tier rankings in Chambers Asia-Pacific 2016 and Chambers Singapore 2016.

## Resources & Links

The following links provide access to further King & Spalding Dispute Resolution and Crisis Management publications.

### Legal Updates

**English Law:** The status of English law for international business post-Brexit

**Sanctions:** Extension of Russia / Ukraine Related Sanctions

**EU Tax Penalty:** EU tax ruling levies €13 billion state aid penalty on Apple

**International Trade:** Transatlantic Trade: Brexit and TTIP in Focus

**Global Oversupply Issues:** United States Imposes Duties Against Unfairly Traded Steel Imports Amid Global Overcapacity Crisis

**International Trade:** Liberia and Afghanistan Officially Join the World Trade Organization

**Global Oversupply Issues:** Prolonged oversupply faces slowing Asian demand

**Investigations:** The Law of Large Numbers

**Resource Risk:** Managing Risks in Acquisitions from Financially Challenged Sellers in the Resources & Energy Sector

**Investigations:** SEC Enforcement Against Private Equity Firms

### King & Spalding News

**Recognition:** Litigation Powerhouse: King & Spalding

**Recognition:** King & Spalding Again Named Legal Services Provider of the Year by Petroleum Economist

**Recognition:** Litigator of the Week: Richard Marooney Jr. of King & Spalding

**Recognition:** Tracie Renfroe: Energy Is Her Calling

**Recognition:** King & Spalding Recognized for its "Potent Latin America Practice" by Chambers Latin America

**Recognition:** Global Investigations Review Names King & Spalding to List of Top D.C. FCPA Practices

**Recognition:** King & Spalding Wins New Rankings in Legal 500 UK 2016

**Annual Review:** Annual Review 2015



## Global Contacts (with links to curricula vitae)

### The Tokyo Partners



**Chris Bailey**

*Global Disputes*



**John McClenahan**

*Managing Partner*



**Rupert Lewi**

*M&A / Projects*



**Mark Davies**

*Finance / M&A / Funds*

### Select International Arbitration Partners



**Reggie Smith**

*Houston*



**Ed Kehoe**

*New York*



**John Savage**

*London*



**James Castello**

*Paris*



**Nick Cherryman QC**

*London*



**Ken Fleuriot**

*Paris*



**Doak Bishop**

*Houston*



**Adrian Cole**

*Abu Dhabi*



**Roberto Aguirre Luzi**

*Houston*



**Amy Frey**

*Paris*



**Jan Schaefer**

*Frankfurt*



**Elodie Dulac**

*Singapore*

### Select Others



**Drew Hruska**

*Special Matters  
New York*



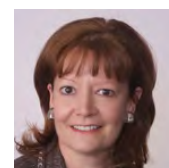
**Jasper Wauters**

*International Trade & Litigation  
Geneva*



**Bobby Burchfield**

*Business Litigation  
Washington D.C.*



**Carol Wood**

*Tort & Environmental  
Houston*



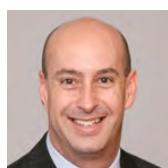
**Robert Hays**

*Chairman  
Atlanta*



**Dixie Johnson**

*Special Matters  
Washington D.C.*



**Richard Marooney**

*Business Litigation  
New York*



**Stuart Isaacs QC**

*International Arbitration  
London*

東京オフィス 紛争解決・  
危機管理ニュースレター

2016年9月

第10号

本9月号では、当事務所のグローバル・ネットワークから法務・業界アップデートをお届け致します。このトピックは、全世界で当事務所のクライアントがその業務や投資において直面した広範な問題に関する当事務所の経験に基づき選択されました。

本号がお役に立つことを願い、今日において皆様のビジネスに影響を及ぼす事項について更に意見交換をさせていただく機会を心待ちにしております。



クリス・ベイリー  
東京オフィス  
パートナー

+81 (0)3 4510 5603  
cbailey@kslaw.com

King & Spalding は、国際仲裁分野において全世界でトップ4の一角に選ばれ、「法律の熟知においては、並ぶものがない」と評されました。

**Chambers Global**

目次：

本文.....1 ページ

資料&リンク.....6 ページ

当事務所チーム.....7 ページ

眠れる剣ー対外投資を行う日本企業  
向けリスク回避

## 国際投資協定ガイド

## はじめに

過去 20 年間で、国際投資協定（「**IIA**」）は、投資家にとって、対外投資リスクを管理するためのツールとして、より人気と価値の高いものとなりました。

日本は、1978 年にエジプトとの間で最初の二国間投資協定に調印し、その後、更に 26 ヶ国との間で協定を締結しています。日本は、最近調印され、論争を招いている環太平洋戦略的経済連携協定 (TPP) を含む多数の自由貿易協定および経済連携協定の加盟国でもあります。しかしながら、海外の投資家が投資家・国家間の仲裁を通じて協定に基づく権利を行使する傾向が増しているにもかかわらず、日本の投資家は、申立人となることには消極的であり、把握されている 739 件の請求のうち日本の投資家がにより申し立てが行われたのは、わずか 2 件のみとなっています。

本稿では、過去 20 年における IIA の発展について説明した上で、日本によるアジアへの対外直接投資、そして協定に基づく保護を日本の投資家のためにどのように役立てることができるかについて焦点を当てていきます。

## BIT と TIP の増加

IIA は、(1) 二国間投資協定（「**BIT**」）と(2) 投資条項付き協定（「**TIP**」）の 2 種類に分類されます。

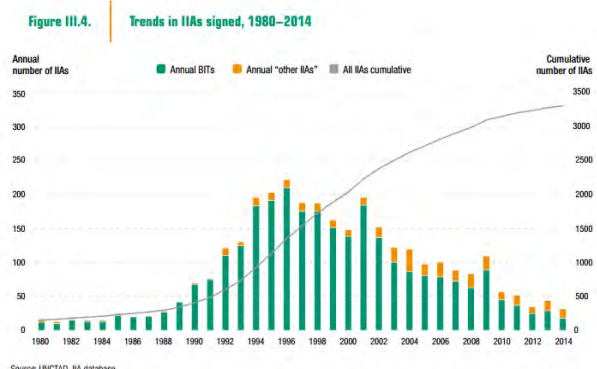
BIT は、2 国間の協定であり、当事国の投資家による相手当事国の領域への投資を促進し、保護するための枠組みを設定するものです。

TIP は、BIT 以外の様々なタイプの投資協定を指します。最も典型的なものが、投資団体との間の自由貿易協定（「**FTA**」）と経済連携協定（「**EPA**」）です。

BIT や TIP には様々なものがありますが、これらは一般に海外投資家に対して相当な権利を与え、投資受入国の行為からの保護を提供し、（現地の裁判所を用いるより）国際仲裁機関への投資紛争の付託により、海外投資家によるそれら権利の行使を一般的に可能にするものです。



最初の BIT は、1959 年にドイツとパキスタンの間で調印されました。1990 年代初期までには、約 500 件の BIT が調印され、1990 年代終盤までには、2,000 件の BIT が発効していました。現時点では、2,953 件の BIT が調印済みであり（そのうち 2,322 件が発効済み）、また、363 件の TIP が調印されています。



### 投資家・国家間紛争解決とは？

投資家・国家間紛争解決（「ISDS」）とは、通常、国際仲裁による投資家と投資受入国との間の紛争の解決をいいます。論議がない訳ではありませんが、ISDS 規定により、中立的な紛争解決機関が確保され、大半の管轄地で容易に執行可能な仲裁判断が得られるものとされています。

国々は、1960 年代終盤から 1970 年代初期にかけて、各自の IIA に ISDS 規定を組み込み始め、1990 年代までには、ISDS 規定の組込みは標準的な実務となりました。OECD の研究によれば、投資家・国家間仲裁についての規定が設けられていないのは、（確認された BIT 1,600 件のうち）わずか 6.5% となっています。

### ISDS：発端—アルゼンチンの金融危機

1990 年代に国家が調印した BIT の件数の大幅な増加と ISDS 規定の組込みにかかわらず、1999 年末までに開始が確認された投資家・国家間の仲裁事件の総件数は、わずか 43 件でした。投資家・国家間仲裁は、あまり用いられておらず、一部の投資家にとっては馴染みのないツールでした。

興味深いことに、状況を一変させたのは、2000 年代初期のアルゼンチンの金融危機でした。経済危機

機に対処するためにアルゼンチンが講じた措置、例えば、関税制度及び利権契約の変更、ペソの切下げ、および天然ガス規制を変更した 2002 年非常事態法の採択は、数多くの投資協定に基づく請求の引き金となりました。これらの措置は、40 件を超える請求の対象とされました。

その効果は、投資家・国家間の仲裁事件総数を増加させ、ISDS 全体の広がりにとどまりませんでした。投資家やその弁護士による協定基準の解釈や適用の検証や構築は、まさにこのようなアルゼンチンのケースにおいて行われたものでした。結果として、アルゼンチンのケースは、ISDS が理論上の保護にすぎなかったものから貴重なツールへと変遷する上での大きな一歩となったのです。

### FET の構築

今では、海外からの投資の公正衡平な取扱い (fair and equitable treatment)（「FET」）を行う国家の義務は、IIA 請求において投資家が最も拠り所とし、紛争に勝利するための根拠とされています。

仲裁機関は、FET 基準を幅広く捉えており、一貫性、透明性、合理性をもって曖昧さなく行為する国家の義務を含む多様な義務を認めています。FET 基準に反するとみなされる国家行為の例としては、営業許可の取消し、認可の拒絶、税免除の撤回、および関税調整の停止が含まれます。

### 収用に関する発展

直接的な収用、またしばしば間接的な収用に対して十分な補償を行う国家の義務により、更なる主要な保証がもたらされます。直接的な収用には、財産そのものの物理的な没収が含まれる一方、間接的な収用には、資産の物理的な没収には至らないものの、投資の経済的な価値を永続的に損なう措置や所有者が財産を運用し、使用し、管理する能力を奪う措置が含まれます。

2000～2002 年の危機に起因する投資家・国家間仲裁のうち数件において、請求者は、アルゼンチンによる危機対応措置が、間接的な収用行為に該当すると主張していました。しかし、ほぼ全てのケースにおいて、仲裁廷は、これらの措置が、投資の経済実体の永続的で実質的な剥奪に至るものではなかったことを根拠として、これら請求を退け

ています（仲裁廷が、アルゼンチンの措置が収用に該当すると判断した *Siemens v. Argentina* (ICSID Case No. ARB/02/8B) をご参照ください。）。

### ISDS：着実な増加

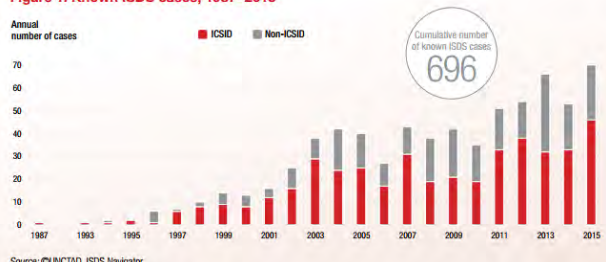
アルゼンチンのケース以降、投資家・国家間の請求は着実に増加し、2016年8月現在、協定に基づく投資家・国家間の仲裁は739件が把握されており、そのうち72件が2015年に開始されています。これらの仲裁手続のうち、479件が投資紛争解決国際センター（「ICSID」）、88件が常設仲裁裁判所、また36件がストックホルム商工会議所によって実施されました（あるいは現在も実施されています）。

UNCTADによれば、2014年に投資家によって最も多く争われた国家行為は、次の2種類でした：(i) 契約や利権に関する取り決めの解除または違反、および(ii) 免許や許可の取消または拒否。

### 南米から欧州へ

今日においては、エネルギー憲章条約（「ECT」）は、ISDS請求において圧倒的に多く用いられる協定となっています（2016年8月現在で95件）。ECTは1998年に発効し、日本を含む52ヶ国によって調印または加盟されています。ECTに基づく95件の請求のうち32件は、世界金融危機の結果としてスペイン政府が実施した一連の再生可能エネルギー改革に起因するものです。同様の請求はイタリア政府に対しても行われています。またECTは、ユコス・オイル・カンパニーが勝利し、ロシアに500億ドルの支払を命じた（供託が最近行われました。）決定の根拠ともされています（UNCITRAL, PCA Case No. AA 227）。

Figure 1. Known ISDS cases, 1987-2015



### 日本のBITとTIP

日本は、27件のBIT（そのうち20件が現時点で有効）および、20件のTIPを締結しています（そのうち17件が現時点で有効）。日本のBITおよびTIPの相手国の大半は、アジア諸国です（27件中14件）。また、そのうち6件の相手国は中東諸国であり、3件が南米諸国です。欧州との間の日本のBITはわずか2件（ウクライナ（締結済みですが、発効していません。）とスイス）であり、アフリカとの間では1件のみ（モザンビーク）です。米国との間にBITはないものの、日米両国は、2016年2月に調印された環太平洋戦略的経済連携協定（「TPP」）の加盟国となっています。

### 日本による投資

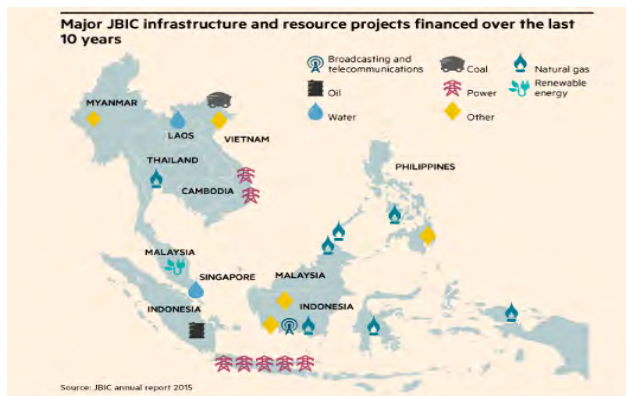
IIAがアジア諸国に比較的集中しているのは、日本による同地域への投資を反映しています。2015年におけるFDI流出の総額は1兆286億ドルであり、日本は、FDI流出において第2位の投資国となっています（第1位は米国（FDI流出額は2兆999億ドル）であり、わずかな差で第3位は中国（FDI流出額は1兆275億ドル）です。）。注目すべき点として、過去5年間ににおけるASEAN6ヶ国に対する日本のFDI流出は、2006～2010年における投資の2倍以上となっています。

この増加には、いくつか理由があり、例えば、2011年の大震災後の分散の必要性、日本の低い成長率や金利が挙げられ、これに対して近隣の東南アジア諸国における高いGDP成長率、天然資源の豊かさ、および中国との関係の悪化も要因となっています。このような傾向は、東アジアおよび東南アジアが継続して世界における最大のFDIの流入地域であることから、世界的にもあてはまるものです。

しかし、東南アジアへの日本の投資は、更に高まることが見込まれます。株式会社国際協力銀行（「JBIC」）によれば、日本企業の約56%が、今後3年間ににおいてASEANへの事業拡大を予定しているとされます。今後、TPP（加盟国には、マレーシア、シンガポールおよびベトナムが含まれています。）が実施されれば、関税は引き下げられ、地域内での貿易障壁が取り除かれます。更に、本年5月には、日本の国会が、JBICの運営変更を承認しており、これにより、JBICは、よりリスク



の高いインフラ案件に対する資金調達が可能になることから、ASEAN への投資が拡大することになります。



より全体的にみれば、アジア諸国は、海外からの投資の自由化を継続することで、投資対象として一層魅力的となります。近年、インドネシアは、官民連携により実施される医薬品、ベンチャー・キャピタル業務および発電所プロジェクトを含む複数の産業において海外からの投資の上限を引き上げています。一方、ミャンマーは、海外投資家の禁止リストから 11 項目を削除し、また、インドは、インドの鉄道インフラに対する海外からの投資を自由化しました。

### 投資を保護するための BIT や TIP の利用

日本によるアジアへの対外直接投資が伸び、今後数年で更に増加すると見込まれる時期において、日本のアジア近隣諸国との間の協定保護は、益々重要となります。投資機会の増加や豊富さにかかわらず、大半の東南アジアの環境は、日本の投資家にとって依然として不確実なものです。法的および政治的なリスクを軽減するため、投資を計画するに際しては慎重な配慮が必要とされます。

投資リスクを管理するために IIA に依拠することは、保険や契約上の保護のようなその他のリスク軽減策に対する賢明かつ補足的な追加措置となります。日本の投資家を保護するためにどのような IIA が存在するかを確認し、それにより提供される保護の範囲やレベルを理解するためにそれら規定を検証することは、まさに重要な第一歩です。

各国を通じて資産を再構築することにより投資受入国と第三国との間の BIT の利用可能性を評価す

ることも重要です。仲介国において設立された特別目的会社を介して投資を組み立てることも、多くの投資家にとって成功が見込まれる戦略となってきました。オランダの BIT により与えられる保護を理由として、また、オランダで設立された会社を介して投資するその他の国の投資家にもかかる保護が通常提供されるという事実により、オランダを通じた投資戦略はよく利用されています。したがって、オランダが請求の対象とされており、80 件の請求がオランダで提起されていることは驚くべきことではありません（米国に次ぎ請求が二番めに多い国となっています。）。このような事情を踏まえた上で、2014 年 3 月、インドネシアは、オランダとの間で BIT を更新しないことを確認しており、その他にも約 60 件の BIT の終了を予定していると言われています。その他の国々が追随するかどうかは見守っていかなければなりません。インドは、47 ヶ国との間で BIT について再交渉を行う予定であることを既に公表しています。

日本は、ASEAN 6 ヶ国の各国（なお、日本のインドネシアとの間の EPA も有効に存続しています。）、またカンボジアとラオスとの間で BIT または TIP（またはその両方）を締結しており、その全てに(i) 投資家と投資家による投資が、投資受入国の投資家または他国の投資家よりも不利な扱いを受けないという保証、(ii) 補償のない収用に際して投資を保護するための保証、および(iii) 投資受入国が日本による投資に対して全面的な保護と担保を提供するという要件が含まれています。日本・フィリピン間の EPA を例外として、IIA には ISDS 規定も含まれています。

### 日本による ISDS の利用

2014 年末までは、日本の投資家による IIA に基づく ISDS 手続を開始したケースとして確認できるものはありませんでした。しかし、近年状況は変化しており、日揮株式会社が、同社による再生可能エネルギー部門への投資に関連して、エネルギー憲章条約に基づく請求を 2015 年にスペインに対して申し立てました (ICSID Case No. ARB/15/27)。また、2016 年には、ユーラスエナジーが、同様の請求を申し立てています (ICSID Case No. ARB/16/4)。

しかし、現時点でも請求はわずか 2 件に過ぎず、日本は、ISDS 手続の申立てについて消極的とみら



れています（これに対して、例えば、米国からは 145 件、英国からは 64 件、ドイツからは 53 件、そしてカナダからは 41 件です。）。日本の近隣アジア諸国が提起した請求数に比べれば、特段驚くほどのことではないものの（中国から 4 件、韓国、シンガポールおよびインドから 1 件ずつ 3 件）、日本が FDI により全世界で投資する金額を考えた場合には、驚くべきものです。また興味深いのは、日本政府は、世界貿易機関において 22 件の申立てを提起しており（第三者としても更に 161 件に関与しています。）、日本の投資家よりも紛争についてより意欲的であると思われることです。

しかしながら、日本の投資家は完全に受け身という訳ではないことにも注目すべきです。投資家・国家間の請求への間接的な関与として最近のものとして、少なくとも 2 件の事例があります：野村グループの子会社である Saluka Investments B.V. は、2001 年にチェコ共和国に対して請求を提起しており、住友商事が一部所有するインドネシアの鉱業会社である Newmont Nusa Tenggara は、2014 年にインドネシアに対して（後に取り下げていますが）仲裁手続を開始しました（ICSID Case No. ARB/14/15）。日本の投資家が、有利な和解を確保するために仲裁手続の開始を持ち出した例もあります：2014 年、日本の投資家 12 社からなる合弁会社である Nippon Asahan Aluminium は、インドネシア政府に対し、合弁会社の資産価値について両社が合意に至ることができなかった時点で ICSID 請求の申立てを示唆しました。その後まもなく、解決に至っています。

## 結論

過去 15 年間に於いて、IIA に基づき提起される投資家・国家間仲裁は、大きく進展しました。明らかなのは、投資家が、国際投資協定に基づき自らの投資に与えられる保護を獲得する方法として ISDS 規定を用いることが増えているということです。

当然、各国は、投資家・国家間の紛争解決に対して、様々な熱意と意欲をもって臨んでいます。ある単独の投資家が投資家・国家間の紛争について手続を開始する決定には、商業上の原因がある可能性があります。政治的な問題や意識の影響、また現地における懸念や慣例の影響さえ受けてい

る場合もあります。また、世界全体の政治的・経済的な動向が、請求や被申立人の数と国籍の双方に対して直接影響している場合もみられました。

日本は、投資家・国家間の仲裁を積極的に用いてはいないものの、1980 年代以降、IIA における投資保護および ISDS 規定を確保してきました。特に、日揮とユーラスのケースは、日本の投資家が、これらの保護措置を正式に利用する意欲があることを示すものです。これは良い兆候であり、日本による対外投資の保護が増す傾向の兆しである可能性があります。

## 著者について

クリス・ベイリーとフローラ・ジョーンズは、両者とも当事務所の国際仲裁担当部門のメンバーです。クリスは、King & Spalding の東京オフィスを拠点としており、東京の紛争担当部門を率いています。同氏は、紛争および規制関係について日本のクライアントに対し 10 年余りの経験を有しており、イギリス仲裁人協会、イングランドおよびウェールズ高等法院におけるソリシターならびに外国法事務弁護士名簿に登録を受けています。

同氏は「Chambers for Dispute Resolution: International – Japan」において上位にランクされており、また Who's Who Legal において「仲裁のエキスパート（日本）」に選出されています。これらのディレクトリにおいて同氏は、「国際および商業紛争解決の経験が豊富」、「非常に知性のある同僚」かつ「親しみやすく、訴訟、紛争解決および規制調査に関する知識が非常に豊富な、信頼できる相談役」と評価されています。

King & Spalding は、20 のオフィスにおける 600 名超の弁護士を擁する卓越したグローバル紛争担当部門を有しており、訴訟、仲裁および規制関連の堅固な専門知識ならびにコモンローと民法に深く根差した経験を兼ね備えています。2016 年版 Global Arbitration Review は、King & Spalding の国際仲裁グループを、世界におけるトップ 5 国際仲裁担当部門の一つと評しました。

さらに、当事務所のシンガポールオフィスは地域における一流の国際仲裁グループに選出され、Chambers Asia-Pacific 2016 および Chambers Singapore 2016 において上位にランクされました。

## 資料&リンク

以下は、紛争解決・危機管理に関するコーナーにおける最近の King & Spalding の発表記事から選りすぐったものです（リンク付き）。

### 法務アップデート

英国法：EU 離脱後の英国法 - 国際ビジネス

制裁：ロシア／ウクライナ - 制裁延長

EU による追徴税：米アップル社に対し  
最大 130 億ユーロ追徴税納付命令

国際貿易：大西洋貿易にもたらす影響－EU 離  
脱と包括的貿易投資協定（TTIP）

過剰供給問題：冷延鋼板製品の過剰生産  
米国が反ダンピング（不当廉売）関税措置

国際貿易：リベリア、アフガニスタンが世界  
貿易機関（WTO）に参画

過剰供給問題：過剰供給の長期化がもたらす  
アジア需要の低迷

調査：大数の法則

リソース・リスク：財政困難な売り手からの  
買収に関するリスク管理 - 資源・エネルギー

調査：SEC によるプライベートエクイティ企  
業への執行行為

### 当事務所ニュース

評価：King & Spalding の訴訟部門が選出

評価：Petroleum Economist より  
「Legal Services Provider of the Year」に再選出

評価：ピックアップ記事：訴訟部門  
Richard Marooney Jr. 氏

評価：ピックアップ記事：パートナー弁護士  
Tracie Renfroe 氏

評価：Chambers Latin America より「ラテン・  
アメリカ分野に強い」事務所として高評価

評価：Global Investigations Review より、ワシント  
ン DC における FCPA 部門のトップ事務所にラン  
ク

評価：2016 年度 Legal 500 UK において  
King & Spalding が複数ランク

年間業績：2015 年度 年次報告書

# グローバル担当者（経歴へのリンク付き）

## 東京オフィス パートナー



クリス・ベイリー  
国際紛争



ジョン・マクレナハン  
マネージング・パートナー



ルパート・ルイ  
M&A / プロジェクト



マーク・デイビス  
ファイナンス / M&A / ファンド

## 国際仲裁担当 パートナー



レジー・スミス  
ヒューストン



エド・キーホー  
ニューヨーク



ジョン・サバージ  
ロンドン



ジェイムス・キャストロ  
パリ



ニック・チェリーマン  
ロンドン



ケン・フルリエ  
パリ



ドーク・ビショップ  
ヒューストン



エイドリアン・コール  
アブ・ダビ



ロベルト・アギユイレ・ルツイ  
ヒューストン



エイミー・フレイ  
パリ



ジャン・シェーファー  
フランクフルト



エロディー・デュラック  
シンガポール

## その他担当 パートナー



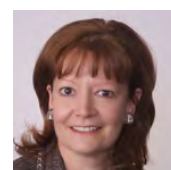
ドリュー・フルスカ  
特別案件  
ニューヨーク



ジャスパー・ヴァウターズ  
国際通商および訴訟  
ジュネーブ



ボビー・パーチフィールド  
ビジネス訴訟  
ワシントンDC



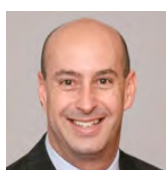
キャロル・ウッド  
不法行為および環境法  
ヒューストン



ロバート・ヘイズ  
会長  
アトランタ



ディクシー・ジョンソン  
特別案件  
ワシントンDC



リチャード・マローニー  
ビジネス訴訟  
ニューヨーク



スチュアート・アイザックス  
国際仲裁  
ロンドン