



RIETI Discussion Paper Series 08-J-014

投資保護条約に基づく仲裁手続における投資契約違反の扱い

濱本 正太郎
神戸大学



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

<http://www.rieti.go.jp/jp/>

投資保護条約に基づく仲裁手続における投資契約違反の扱い*

濱本正太郎**

2008年7月

要旨

本稿は、投資企業と投資受入国とが締結する契約の違反の有無が争われる場合に、その紛争を、当該投資企業の母国と投資受入国とが締結している投資保護条約が定める紛争処理手続（典型的には仲裁手続）によって処理することができるかどうか、できるとすればどのような場合か、を検討する。

投資保護条約に基づく仲裁手続において投資契約違反に関する紛争を取り扱うことができるかどうかの問題は、投資保護条約に「約束遵守条項」(I.)あるいは「一般的紛争処理条項」(II.)が置かれている場合に生じる。このいずれに関しても、仲裁判断は割れており、現段階において仲裁判例の立場あるいは「通説」を語ることはできない状況にある。そのような現況を前提に、本稿は、条約解釈の基本原則に立ち返り、文言解釈に基づく判断を主張し、「約束遵守条項」および「一般的紛争処理条項」の規定の仕方について具体的な提案も行う。

もっとも、いずれの条項が置かれている場合であっても、投資保護条約に基づく仲裁提起資格を投資企業が放棄する可能性は否定できない。そこで、どのような場合にその放棄がなされたと理解されるかについて明らかにすることも試みる(III.)。

* 本稿は、(独)経済産業研究所「対外投資の法的保護のあり方」研究プロジェクト(代表:小寺彰フェカルティフェロー)の成果の一部である。

** 神戸大学大学院法学研究科教授:shotaro@kobe-u.ac.jp

はじめに

I. 「約束遵守条項」が IIA に含まれている場合

A. 仲裁判断の流れ

1. 起 二つの SGS 事件

(a) SGS v. Pakistan (2003)

(b) SGS v. Philippines (2004)

2. 承 条項文言を基礎とする判断

3. 転 本質論？ 主権者としての行為のみが約束遵守条項違反

4. 転々 錯綜する仲裁判断

5. 補 契約以外の形態をとる約束

B. 論点

1. 有用性原理

2. 国際法と国内法との区別

3. 公権力としての行為と商行為との区別

(a) 約束遵守条項の成立経緯

(b) IIA の一般的特質

(c) 契約に関する国際的手続の必要性

C. 対応策 文言の明確化

II. 「一般的紛争処理条項」が BIT に含まれている場合

A. 仲裁先例の整理

1. 契約違反をも対象とする判断 文言重視

2. 契約違反は含めない判断 条約の趣旨？

B. 論点 「文言の通常の意味」に基づく解釈

C. 対応策 IIA 規定の明確化

III. 契約当事者による排他的法廷選択の効果

おわりに

はじめに

国際投資紛争処理の歴史は、投資関係を規律する法規範をいかにして投資受入国国内法から切り離す(delocalize)かの試みの歴史である。そもそも、投資受入国国内法（あるいは司法制度）に信用がおけないから国際的な規律が必要とされるのであり、そのために、投資契約（国家契約・コンセッション契約）を国際法上の契約とする「契約の国際法」理論が構想されたり¹、投資紛争解決国際センター(ICSID)が設立されたりしてきた。

そのような様々な試みの中で、これまでのところ最も大きな成功を収めているものは、投資保護条約(International Investment Agreement: IIA)である。これは、投資保護の実体規範および紛争処理手続規範を、国家間条約により国際法上のそれとして設定することによって、投資受入国による一方的変更を阻止する、という仕組みである。IIAによる投資保護は、契約を用いる場合と比べて、投資家側から見て2つの決定的な利点を有する。まず、IIAは国家間条約であるので、それが国際法規範であることに疑いはなく、IIAの一当事国（投資受入国）による一方的な規範内容の変更は不可能である。これに対し、投資家と投資受入国とが締結する投資契約の場合、「契約の国際法」理論（もしくはそれに類似する理論）を受け入れない限り、投資契約の根拠となる法秩序(ordre juridique de base / Grundlegung)は投資受入国国内法であり、したがって投資受入国による立法による規範内容の変更のおそれに常にさらされている、という弱点をもっている。IIAのもう一つの利点は、それが国家間交渉により締結されるものであるため、対国家の関係において交渉力が弱くなりがちな企業にとって、自らが交渉して勝ち取る保護よりも高い水準の保護を得ることが期待できる、ということである。

とはいえ、もちろん投資契約が不要になるわけではない。投資契約に関して投資家と投資受入国との間に紛争が生じる場合、当該投資契約にたとえばICSID仲裁への付託を定める条項があれば、紛争処理をICSID仲裁で行うことにより、投資受入国国内裁判所でない手段による紛争処理が可能となる。しかし、この形態の仲裁申立数が僅少であることから、実際には国際的仲裁を定める投資契約は相当少ないものと推測される。では、投資契約の違反をめぐる紛争が生じた場合、投資家は、自己の国籍国と投資受入国とが当事国であるIIAに定められた紛争処理手続を利用することができるか。投資保護条約と投資契約との関係に関するリーディングケースであるVivendi v. Argentina取消手続特別委員会決定(2002)²によれば、契約違反と条約違反とは明確に区別されるので、

¹ もっとも、投資契約を国際法上の契約であると認めた投資紛争仲裁例は2件しかない。Texaco Calasiatic c. Libye, sentence, 19 janvier 1977, *Journal du droit international*, 1977, p. 350, p. 357, par. 35 (単独仲裁人 René-Jean Dupuy) ; Channel Tunnel Group Ltd. & France-Manche S.A. c. UK & France, sentence partielle, le 30 janvier 2007, par. 92. <<http://www.pca-cpa.org/>> (James Crawford (President), Yves Fortier, Gilbert Guillaume, Lord Millet, Jan Paulsson)

² CAA & Vivendi v. Argentina, ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002, *ICSID Rev. FILJ*, vol. 19, 2004, p. 89.

この間には否定的回答が寄せられそうである。

そこで、投資保護の観点からは、投資家と投資受入国との間に投資契約をめぐる紛争が生じた場合、投資家の国籍国と投資受入国とが締結している IIA の定める紛争処理手続（たとえば ICSID 仲裁）を投資家が利用できるようにすることが望ましい。IIA に、投資契約違反は本 IIA 違反となる、という条項を置いておけば、投資契約をめぐる紛争を処理するために IIA の定める手続を利用できるようになるかもしれない(I.)。あるいは、IIA に、「この協定に関する紛争については、以下に定める方法により処理する」ではなく、「投資に関する紛争については、以下に定める方法により処理する」と定めておけば、投資契約にまつわる紛争も IIA に定める方法で処理することが可能になるかもしれない(II.)。いずれも、IIA に定める紛争処理手続において契約に起因する紛争を処理できるようにしようとする試みであって、国家に実質的に追加的な義務を負担させるのではなく、契約違反について IIA 仲裁を利用できるようにするののみが問題となる³。

しかし、投資受入国と投資家との交渉により成立する投資契約においては、一般には力関係が投資受入国に有利であるために、投資家としては避けたいはずの投資受入国法制度による紛争処理が定められる可能性が高い。その場合であってもなお、ICSID 仲裁などの「国際化」された紛争処理手続の利用は可能かどうか。この問題を最後に検討する(III.)。

I. 「約束遵守条項」が IIA に含まれている場合

この事件では、フランス企業 Compagnie générale des eaux (CGE、後に Vivendi) とその子会社（アルゼンチン法人）Compañía de Aguas del Aconquija とが、上下水道事業に関してアルゼンチンの Tucumán 州と締結した契約の違反が問題となった。申立人企業は、Tucumán 州知事や議会が、料金不支払者に対するサービス停止の権限を剥奪したこと、料金を一方的に引き下げたこと、住民に料金不支払を呼びかけたことなどが、仏-アルゼンチン二国間投資保護条約(BIT) (Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République argentine sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 3 juillet 1991, <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france_argentina_fr.pdf>)に違反する、と主張した。仲裁廷(Francisco Rezek (President), Thomas Buergenthal, Peter D. Trooboff)は、これら行為は契約違反の有無と密接に関連しているため、契約が定める紛争処理手段 (Tucumán 州行政裁判所) が利用されるべきであって、その手続において裁判拒否がある場合にのみ BIT 違反の問題が生じる、と判断した。CAA & CGE v. Argentina, ARB/97/3, Award, 21 November 2000, para. 78. <<http://icsid.worldbank.org/>>

この判断に対して、ICSID 条約 52 条に基づく取消請求がなされ、特別委員会は、仲裁判断のこの部分を取り消す決定を行った。いわく、仏-アルゼンチン BIT の 3 条（公正衡平待遇）と 5 条（取用）と投資契約との間に直接の関係はなく、契約違反の有無と BIT 違反の当該条項違反の有無とは別問題であって、契約に紛争処理条項が置かれているからといって、BIT 違反について BIT の定める仲裁が審理できなくなるわけではない。CAA & Vivendi v. Argentina, Decision on Annulment, *supra*, pp. 127-128, paras. 95-96, p. 131, para. 103.

この特別委員会決定以降、契約違反と条約違反は形式的には全く別のものである、と考える立場が主流になっている。

³ Sébastien Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, Litec, Paris, 2004, p. 593. Manciaux は約束遵守条項についてのみそう述べているが、一般的紛争処理条項についてはなおさらである。

IIA に、「いずれの当事国も、投資に関してなされた約束が尊重されることを確保する」という条項が置かれることがある。これを、約束遵守条項という。

投資家と締結した契約に投資受入国が違反する場合、その国はその契約が「遵守されることを確保」していないため、約束遵守条項の違反すなわち IIA 違反が生じ、その結果、当該 IIA の定める仲裁廷が管轄権を有する、言い換えれば、契約違反を原因とする条約違反につき条約が定める紛争処理条項が適用される、という主張は、国家契約理論の記念碑的業績である Prosper Weil の 1969 年ハーグ講義で既になされていたところであった⁴。また、OECD が二国間投資協定のモデルとして 1967 年に作成した Draft Convention on the Protection of Foreign Property⁵ の 2 条

“Each Party shall at all times ensure the observance of undertakings given by it in relation to property of nationals of any other Party.”

における“undertakings”が契約上のそれを含むことは、同条約草案に付されたコメントに明記されている⁶。さらに、それ以前から、契約違反を即条約違反として条約の定める仲裁廷の管轄権を契約違反に及ぼすためにこの種の条項を置く構想が示されていた、ということが、Anthony C. Sinclair の研究⁷により明らかにされている。

しかし、その後 30 年余、約束遵守条項の意義について議論が深まることはなかった。この忘れられた問題を思い起こさせ、しかもこれが大きな実践的意義を持つこと知らしめたのは、2003 年の二つの SGS 仲裁判断であり⁸、その後、数々の仲裁判断が様々な見解を示し、問題の焦点が次第に明らかになりつつある。そこで、本章では、SGS 対パキスタン事件に始まる仲裁判断の流れを概観し(A.)、一連の仲裁判断の中で明らかになりつつある様々な論点のうち主要なものを検討する(B.)。それを前提に、どのような文言で約束遵守条項を設定すればどのような効果が予想されるかに付き、検討を加える(C.)。

なお、この条項については、英語では umbrella clause という呼称が一般化しており、日本語でも「アンブレラ条項」あるいは「傘条項」と呼ばれることが多い。しかし、こ

⁴ Prosper Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *R.C.A.D.I.*, vol. 128 [1969-III], p. 95, p. 130.

⁵ “O.E.C.D. Draft Convention on the Protection of Foreign Property”, *I.L.M.*, vol. 7, 1968, p. 117.

⁶ *Ibid.*, p. 123.

⁷ Anthony C. Sinclair, “The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection”, *Arbitration International*, vol. 20, 2004, p. 411. 邦語による紹介として、坂田雅夫「投資保護条約の傘条項が対象とする国家契約の違反行為」同志社法学 58 巻 2 号 (2006 年) 931 頁、とりわけ 948 頁以下。

⁸ *Fedax v. Venezuela*, ARB/96/3, Award, 9 March 1998, *I.L.M.*, vol. 37, 1998, p. 1391 (Francisco Orrego Vicuña (President), Meir Heth, Roberts B. Owen)は、約束手形の払い戻し義務が、1991 年のオランダ・ベネズエラ BIT3 条 4 項の約束遵守条項に基づいて認められたと理解できなくもない事例である。しかし、約束遵守条項についての議論は仲裁判断の中でなされていない。

の名称は完全な記号であり、多少なりとも内容をよりよく表す他の名称を探す必要がある。そこで、本章では、スイス—パキスタン二国間投資保護協定(BIT)11条などで用いられている、「約束遵守条項 (clause du) respect des engagements / observance of commitments (clause)」という名称を用いる。契約遵守条項としないのは、後述の通り、契約以外の形態による投資受入国の約束をも含み得るからである。

A. 仲裁判断の流れ

1. 起 二つの SGS 事件

(a) SGS v. Pakistan (2003)

原告会社 *Société générale de surveillance* (スイス法人)は、1994年に、パキスタンに輸入される物品の検査についてパキスタン当局による税関検査に協力することを内容とする *pre-shipment inspection* (PSI)契約をパキスタン政府と締結した⁹。いずれの当事者も相手方当事者が PSI 契約を適切に履行していないと考えたことから紛争が生じ、1996年にパキスタン政府は契約の終了を SGS に通告した¹⁰。SGS は、パキスタンは PSI 契約およびスイス—パキスタン BIT¹¹の双方に違反していると主張し¹²、同 BIT 9条を根拠に、機会喪失費用等も含め1億米ドルを超える支払を求めて ICSID に仲裁を申し立てた。

パキスタンは、これに対し、「はじめに」で引用した *Vivendi* 取消手続特別委員会決定¹³に依拠し、SGS の本質的基礎が契約違反であるので、BIT ではなく契約の定める紛争処理手続 (パキスタン国内法上の仲裁) ¹⁴に付されるべきであって、BIT 仲裁廷は管轄権を有さない、と主張した¹⁵。

SGS は、BIT 仲裁廷が管轄権を有する根拠を二つ挙げた。一つは、スイス—パキスタン BIT の「一般的紛争処理条項」であり (これについては次節で論じる)、もう一つが同

⁹ *Société générale de surveillance v. Pakistan*, ICSID ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003, *ICSID Rev-FILJ*, vol. 18, 2003, pp. 301ff, paras. 12-14.

¹⁰ *Ibid*, para. 16.

¹¹ Accord entre la Confédération suisse et la République islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 11 juillet 1995. <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland_pakistan_fr.pdf> 英文は、仲裁判断テキストに引用されているものに拠る。

¹² *SGS v. Pakistan*, *supra* note 9, para. 17.

¹³ *Vivendi Annulment*, *supra* note 2, para. 98.

¹⁴ “Any dispute [...] arising out of, or relating to this Agreement [...] shall be settled by arbitration in accordance with the Arbitration Act of the Territory as presently in force.” quoted in *SGS v. Pakistan*, *supra* note 9, para. 158.

¹⁵ *SGS v. Pakistan*, *supra* note 9, paras. 43-45.

BIT の約束遵守条項であった¹⁶。同 BIT11 条は、次のように定める（同条約は英仏正文）。

“Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.”

“Chacune des Parties Contractantes assure à tout moment le respect des engagements assumés par elle à l’égard des investissements des investisseurs de l’autre Partie Contractante.”

パキスタンによる PSI 契約違反は直ちに同 BIT 11 条違反をも構成するので、BIT の紛争処理条項に基づいて仲裁廷は管轄権を有する、という主張である。

仲裁廷(Florentino P. Feliciano (President), André Faurès, Christopher Thomas)は、同 BIT11 条に類する条項が問題となった仲裁先例はないと指摘した上で、条約の解釈規則に関する慣習法に則り、契約違反が直ちに BIT 違反になることはない、と判断した。その根拠を整理すれば以下のとおりである。

まず第一に、上記 BIT 11 条の文言を検討する。立法・行政・契約上の約束 (“commitments”) を「遵守することを常に確保する (“constantly guarantee the observance”)」という文言は、それまで存在していなかった新たな国際法義務を創り出すようには読めない。投資に関する約束は地方公共団体等によってもなし得るので、その約束違反が BIT 違反になるとすると、本条項の対象範囲が余りにも広いものになってしまう¹⁷。一般論として国家契約違反は国際法違反ではないこと、および、この種の条項がある場合には契約違反即 BIT 違反になるとするならば投資受入国に非常に大きな負担がかかることを考えれば、契約違反即 BIT 違反とするのが当事国の共通の意図であることを示す明確かつ説得的な証拠が必要である。しかし、BIT 11 条の文言はそのような証拠にはならない¹⁸。

つぎに、条約解釈における有用性(effet utile)原理¹⁹からも同じ結論に達する。契約違反が直ちに BIT 違反となるとすると、BIT が投資受入国に課す実体義務の規定（3条から7条）が無意味になってしまうため、契約違反即 BIT 違反と解釈することはできない²⁰。申立人は、逆に、契約違反即 BIT 違反とならないとすると 11 条が無意味になると主張するが、しかし、11 条は約束の履行に必要な立法等の措置をとる意思の表明であると解することもできる上、契約に定める仲裁を受入国が拒否する場合など例外的場合には

¹⁶ *Ibid*, para. 90.

¹⁷ *Ibid*, para. 166.

¹⁸ *Ibid*, para. 167.

¹⁹ 条約規定は、実際に効果を生じるように解釈すべし、という原理である。ウィーン条約法条約(Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, *UNTS*, vol. 1155, p. 331)31 条には明示には定められていないが、それは「誠実に in good faith」に含まれるため別に定める必要はないと考えられたためであって、有用性原理は「国際判例で常に認められてきている条約解釈の基本原則の一つ」(Différend territorial (Jamahiryra arabe libyenne/Tchad), arrêt du 3 février 1994, *CIJ Recueil 1994*, p. 6, p. 25, par. 51)とされている。なお、SGS v. Pakistan 判断は、「有用性原理」という語は用いていない。

²⁰ SGS v. Pakistan, *supra* note 9, para. 168.

契約違反が条約違反を構成することもあり得なくはないので、11 条は無意味な規定にはならない²¹。

また、11 条の BIT における位置²²も重要である。11 条は、実体規定の中にはなく最終条項に置かれている。11 条が実体的義務を定めるものであるならば、実体規定である 3 条から 7 条と並んで置かれたはずである²³。

さらに、契約違反即 BIT 違反とすると、契約に仲裁条項が置かれている場合、投資家は契約に基づく仲裁と BIT に基づく仲裁とを選択することができるのに対し、投資受入国は契約に基づく仲裁しか利用できなくなる。11 条は利益の相互性と均衡を促進するように解釈されるべきであるから、契約違反即 BIT 違反と解釈するのは適切でない²⁴。本件判断について、注意すべき点が 2 つある。

まず、スイス-パキスタン BIT に特有の理由付けとそうでないものが混在している、ということである。上のまとめの「文言」と「条文の位置」は一応同 BIT に特有の理由付けであり、他の IIA に基づく紛争に直ちには援用できない。他方、「有用性原理」と「公平性」という理由付けは、他の IIA に基づく紛争にも応用可能である。

さらに重要なのは、本件仲裁廷は、約束遵守条項は「契約違反＝条約違反」という効果を持たないと一般的に述べているわけではない、ということである。上記の通り、「契約違反＝条約違反」とするのが当事国の共通の意図であることを示す明確かつ説得的な証拠があるかどうかが問題であり、本 BIT についてはそのような証拠がない、というところが本件判断の核心部分であることには留意が必要である。

(b) *SGS v. Philippines* (2004)

SGS v. Pakistan 仲裁判断の数ヶ月後、同じくスイスが締結した BIT について大幅に異なる判断が示された²⁵。申立人は同一であり、契約の内容を含め事実関係もほぼ同様であるにも拘わらず、である。本件で問題となったのは、1997 年のスイス-フィリピン BIT の 10 条 2 項である。

“Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party.”

仲裁廷(Ahmed S. El-Kosheri (President), James Crawford, Antonio Crivellaro)は、この“any

²¹ *Ibid*, para. 172.

²² 条約法条約 31 条にいう「文脈により in [the terms'] context」に相当する。

²³ *SGS v. Pakistan*, *supra* note 9, paras. 169-170.

²⁴ *Ibid*, para. 168.

²⁵ *SGS v. Philippines*, ARB/02/6, Decision on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004. <<http://icsid.worldbank.org/>> 適用された BIT は Accord entre la Confédération suisse et la République des Philippines concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 31 mars 1997. <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland_philippines_fr.pdf> (英仏正文、相違ある際は英文優先 (同 BIT 最終文))

obligation”は、国内法上の義務をも含むと考え、そこに契約から生じる義務も含まれると判断した。この点において、SGS v. Philippines 判断は、SGS v. Pakistan 判断と正面から対立する。

その根拠は、以下の3点に整理できる。

まず、文言を検討すれば、“any obligation”は国内法上の義務（たとえば、契約上の義務）をも含むと考えられる²⁶。

さらに、“with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party”で投資受入国が負う義務は、通常は国内法上の義務のはずであるから、有用性原理に鑑みても、“any obligation”は国内法上の義務を含むと考えられる²⁷。

また、前文によれば、本 BIT の趣旨目的は投資に有利な(favourable)条件を創出し維持することであるから、解釈に不明確さが残る場合は投資保護に有利なように解釈すべきである²⁸。

もちろん、仲裁廷は SGS v. Pakistan 判断を承知している。そこで、仲裁廷は、同判断との区別を以下の2点において試みる。

まず、文言の相違が重要である。スイス—パキスタン BIT 11 条（上記）は、“shall constantly guarantee”というやや不明確な表現を用いている。また、同条の“the commitments it has entered into with respect to the investments”は、スイス—フィリピン BIT 10 条 2 項の“any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory”よりもあいまいである。

また、約束遵守条項が置かれている条約内での位置については、フィリピンがスイス以外の国と締結している BIT において、同一の文言の約束遵守条項が BIT の末尾にでなく実体規定に並んで置かれている²⁹ことを考慮すると、フィリピン—スイス BIT における約束遵守条項を他のフィリピン BIT のそれと異なるように解釈することは、受け入れがたい³⁰。

²⁶ *Ibid*, para. 115.

²⁷ *Ibid*, para. 115.

²⁸ *Ibid*, para. 116.

²⁹ *Ibid*, para. 124, note 58 に、イギリスとの BIT3 条 3 項、オランダとの BIT3 条 3 項が挙げられている。ただし、仲裁廷の言うところとは異なり、厳密には同一の文言ではない。

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Republic of the Philippines for the Promotion and Protection of Investments, signed in London on 3 December 1980, entered into force on 2 January 1981, Treaty Series No. 7 (1981), Cmnd. 8148.

Article III (3): “Each Contracting Party shall observe any obligation arising from a particular commitment it may have entered into with regard to a specific investment of nationals or companies of the other Contracting Party.”

Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of the Philippines for the Promotion and Protection of Investments, 27 February 1985.

[この条約の3条3項は、イギリス—フィリピン BIT3 条 3 項と同一文言。]

³⁰ 仲裁廷は明示には援用していないが、条約法条約 31 条 3 項 c（に反映されている慣習法規則）を適用

もつとも、SGS v. Pakistan 判断と原則的な立場が異なっていることは明白であり、「区別」で説明できる判断の相違ではない。本仲裁廷もそれは十分に意識しており、SGS v. Pakistan 判断に対して、「極めて制限的な解釈をするもの」と評価したり³¹、「理由付けは説得的でない」と述べたり³²して批判的立場を明確にすると共に、SGS v. Pakistan 判断が、スイス-パキスタン BIT11 条は「契約履行に必要な立法・行政措置をとる黙示の約束」と理解することもでき、「例外的な場合には」契約違反が同 BIT 違反を生ぜしめ得る、と述べたことに対し、約束遵守条項に意味があるとすれば、それは国際仲裁廷に管轄権を与えることであり、「黙示の約束」や「例外的場合」という曖昧な基準で管轄権が設定されることはない、との批判も加えている³³。

ただし、原則的な立場には大いに相違があるものの、現実の結論においては SGS v. Pakistan 判断とそれほど大きな違いを生まなかった。というのも、SGS v. Philippines 仲裁廷によれば、約束遵守条項は投資契約の紛争処理条項を覆すものではない³⁴からである。約束遵守条項は、BIT 当事国が契約を締結することにより引き受ける義務の範囲 (scope) ではなく、実施 (performance) に関わる³⁵。すなわち、義務の内容はあくまで契約により決定される³⁶のであって、義務の内容の問題が国際法の問題になるのではない³⁷。かつ、本件で問題となっている SGS とフィリピンとの間の契約には、契約上の紛争に関する訴訟は全てフィリピンの裁判所で処理される、との規定がある³⁸。Vivendi 事件特別委員会³⁹が述べるとおり、請求の本質的基礎が契約違反である場合、仲裁廷は当該契約の法廷選択条項に効果を与えるべきである⁴⁰。したがって、被申立人 (フィリピン) の義務の範囲が当事者間の合意またはフィリピン裁判所の判決によって確定するまで、本仲裁廷は判断を下すことはできず、本件は受理可能性を欠く⁴¹ (この、「約束遵守条項は投資契約の紛争処理条項を覆すものではない」との判断、および、本件の顛末については、後に III.において検討する)。

この二つの SGS 判断は、約束遵守条項の機能について、大きな議論を呼び起こすこととなった。もつとも、ここまで見えてきたように、問題は、「IIA に約束遵守条項がある場合には契約違反は当該 IIA 違反となるか」という単純な形では立てられていない。

したものと思われる。

³¹ SGS v. Philippines, *supra* note 25, para. 120.

³² *Ibid*, para. 125.

³³ *Ibid*, para. 125.

³⁴ *Ibid*, para. 123.

³⁵ *Ibid*, para. 126.

³⁶ *Ibid*, para. 127.

³⁷ *Ibid*, para. 128.

³⁸ *Ibid*, para. 137 (Article 12, CISS Agreement).

³⁹ Vivendi, annulment, *supra* note 2, para. 98.

⁴⁰ SGS v. Philippines, *supra* note 25, para. 153.

⁴¹ *Ibid*, paras. 154-155.

SGS v. Pakistan 判断でさえ、「例外的な場合には」契約違反が IIA 違反となることを認めており、また、SGS v. Philippines 判断も、あくまでスイス—フィリピン BIT の 10 条 2 項の解釈により結論を導いている。したがって、検討されるべきは、約束遵守条項（らしきもの）にどのような文言が用いられており、どのような文脈に置かれている場合に、契約違反が IIA 違反をも構成するか、である。実際、二つの SGS 判断の後、約束遵守条項の役割に関する抽象的一般論にではなく、具体的約束遵守条項の文言解釈に重点を置く判断がいくつか示される。

2. 承 条項文言を基礎とする判断

Salini v. Jordan (2004) (イタリア企業とヨルダン政府との契約に基づくヨルダンでのダム建設後、支払額をめぐる対立が生じた事例)⁴²では、申立企業が、イタリヤ—ヨルダン BIT 2 条 4 項により契約上の義務は国際法上の義務となると主張し、BIT 仲裁の管轄権を根拠づけようとした⁴³。2 条 4 項の文言は、次の通りである (英・伊・アラビア語正文)。

“Each Contracting Party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee the investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith, of all undertakings assumed with regard to each specific investor.”

仲裁廷(Gilbert Guillaume (President), Bernardo Cremades, Ian Sinclair)は、二つの SGS 判断に触れつつ、イタリヤ—ヨルダン BIT 2 条 4 項は、スイス—パキスタン BIT・スイス—フィリピン BIT いずれの約束遵守条項とも異なる、と指摘する。本 2 条 4 項は「法的枠組の創設及び維持」を定めるのみであり、約束を遵守するとは定めていない⁴⁴。したがって、契約違反があったとしても BIT 違反は発生せず、契約違反として当該契約の定める紛争処理手続に基づいて処理されるべき⁴⁵、となる。

Eureko v. Poland (2005) (オランダ企業 Eureko は、ポーランド国営保険会社 PZU の株式 20% (4 億 6 千ユーロ) を購入し、さらに、株式の過半数を取得することにつきポーランド政府と合意したが、ポーランド政府は遵守せず、紛争になる)⁴⁶では、オランダ—ポーランド BIT 3 条 5 項が問題となった。

“Each Contracting Party shall observe any obligations it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party.”⁴⁷

⁴² Salini v. Jordan, ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29 November 2004, *ICSID Rev. FILJ*, vol. 20, 2005, p. 148.

⁴³ *Ibid*, para. 120. Agreement between the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan and the Government of the Italian Republic on the Promotion and Protection of Investments, signed on 21 July 1996. <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/italy_jordan.pdf>

⁴⁴ *Ibid*, para. 126.

⁴⁵ *Ibid*, para. 127.

⁴⁶ Eureko v. Poland, Ad Hoc Arbitration, Partial Award, 19 August 2005. <<http://ita.law.uvic.ca/>>

⁴⁷ Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Poland on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, signed on 7 September 1992

仲裁廷(Yves Fortier (President), Stephen Schwebel, Jerzy Rajski (dissenting)⁴⁸)は、文言“shall observe”, “any obligations”の通常の意味⁴⁹、投資促進及び保護という条約の目的⁵⁰、有用性原理⁵¹から、契約違反は3条5項の違反も構成するとの判断を下し、実際に本件においてポーランドが契約違反をすることによりBIT3条5項に違反した、と認定した⁵²。

Noble Ventures v. Romania (2005) (ルーマニア国営鉄鋼会社CSRの民営化につき米企業とルーマニア政府機関との間で締結された契約の遵守をめぐる紛争)⁵³では、アメリカ合衆国—ルーマニアBIT⁵⁴の2条2項cが問題となった。

“Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments.”

仲裁廷(Karl-Heinz Böckstiegel (President), Jeremy Lever, Pierre-Marie Dupuy)は、鍵となるのは問題の条項の規定ぶりであるとして文言重視の姿勢を明確に打ち出し⁵⁵、文言の明確性⁵⁶、さらには有用性原理⁵⁷および条約の目的⁵⁸から、契約違反は2条2項c違反を生ぜしめる、と判断した⁵⁹。ただし、本件では、契約違反が証明されなかったため、BIT2条2項c違反は認定されていない⁶⁰。

このNoble Venture 仲裁廷は、興味深い指摘も行っている。仲裁廷は、いかなる契約義務のいかなる違反も2条2項c違反を生ぜしめるか、それとも、“any obligation”という一見広範な文言にも拘わらず、条約の趣旨目的から一定の限定が課されるか、という問題はあり得るが、本件においては契約違反が生じていないのでこの点を論じる必要はない、と述べたのである⁶¹。まさに、この点が、本件判断の頃から大きな争点となっていくことになる。

3. 転 本質論？ 主権者としての行為のみが約束遵守条項違反

<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands_poland.pdf> 蘭・波・英語正文、齟齬ある場合には英文が優先 (条約最終文)。

⁴⁸ Rajski 仲裁人は、この判断は、国営企業民営化への外国資本参加にむしろ有害であり、国内企業に比して外国企業を優遇するものであり差別的だ、と批判している。(Eureko v. Poland, *supra* note 47, Dissenting Opinion, para. 11)

⁴⁹ Eureko v. Poland, *supra* note 47, para. 246.

⁵⁰ *Ibid*, para. 248.

⁵¹, paras. 248, 249, 258.

⁵² *Ibid*, *supra* note , para. 260.

⁵³ Noble Ventures v. Romania, ARB/01/11, Award of 12 October 2005. <<http://ita.law.uvic.ca/>>

⁵⁴ Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of Romania concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, signed on 28 May 1992 <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/us_romania.pdf> (英・ルーマニア語正文)

⁵⁵ Noble Ventures v. Romania, *supra* note 53, para. 56.

⁵⁶ *Ibid*, paras. 51, 60.

⁵⁷ *Ibid*, para. 51.

⁵⁸ *Ibid*, para. 52.

⁵⁹ *Ibid*, para. 60.

⁶⁰ *Ibid*, paras. 61, 158.

⁶¹ *Ibid*, para. 61.

最初にこの問題に触れたのは、*Joy Minging v. Egypt* 判断(2004)⁶²である。この事件では、*Joy Mining* がエジプトにおける隣鉱山の開発に必要な設備を納入し、エジプトから支払を受けたものの、*Joy Mining* がエジプトに対して発出していた信用状を、当該設備が十分に機能していないとしてエジプトが返却しないことがイギリス－エジプト BIT に違反するかどうか争われた。仲裁廷(Francisco Orrego Vicuña (President), William Laurence Craing, C.G. Weeramantry)は、問題の「投資」がイギリス－エジプト BIT⁶³の定める投資概念に該当しないため、管轄権を持たないと判断した⁶⁴。にもかかわらず、完全な傍論として⁶⁵、約束遵守条項の役割について、あえて議論を展開した。本件において問題となった約束遵守条項 (同 BIT 2条2項) は、以下のとおりである。

“[...] Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party.”

仲裁廷は、この条項によってあらゆる契約上の紛争が条約上の紛争になるわけではなく、条約上の紛争が生じるためには、条約上の権利が害されるか、契約上の権利の侵害が条約の保護を必要とするほどに大規模である場合に限定されるのであり、本件においては申立人の請求は全面的に契約に依拠するものであって、条約に基づく仲裁廷は管轄権を持たない、と判断した⁶⁶。本判断においてはこれ以上の説明がなく、判断の論拠は明らかにされていない。

さらに、*CMS v. Argentina* 事件(2005)⁶⁷ (アルゼンチンの経済危機に端を発する一連の事件の一つであり、アルゼンチン内で天然ガス輸送に従事する TGN 社の少数株主である CMS (米国企業) が、アルゼンチンが契約及び国内立法によりなした約束を破り、それによりアメリカ合衆国－アルゼンチン BIT

⁶² *Joy Mining v. Egypt*, ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 6 August 2004, *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 19, 2004, p. 486.

⁶³ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Arab Republic of Egypt for the Promotion and Protection of Investments, London, 11 June 1975, *UNTS*, vol. 1032, I-15181. (英語正文)

⁶⁴ *Joy Mining v. Egypte*, *supra* note 62, para. 63.

⁶⁵ 仲裁廷は、「以上の理由により、本仲裁廷は管轄権を持たない [...]。したがって、被申立人が提起した他の管轄権に関する意義について議論することは不必要になると言えよう。しかしながら、契約の性質および契約に定められた法廷選択条項の役割について明確にするために、これら他の問題を以下採り上げることとする」(*Ibid*, para. 63)として、約束遵守条項について議論を始めている。傍論であることを明記して一般論を展開することを強く批判するものとして、Emmanuel Gaillard, “Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) : Chronique des sentences arbitrales”, *Journal du droit international*, 2005, p. 135, p. 180.

⁶⁶ *Joy Mining v. Egypte*, *supra* note 62, paras. 81-82.

⁶⁷ *CMS v. Argentina*, ARB/01/8, Award of 12 May 2005, <<http://icsid.worldbank.org/>> この判断は、Eureko 判断および Noble Venture 判断より先に出されている。しかし、Eureko 仲裁では反対意見さえ CMS 判断を引用しておらず、Noble Venture 判断も先例を詳細に論じる際にこの事例に触れておらず、おそらくは、いずれの事件においても、仲裁廷は仲裁判断文の確定までに CMS 判断を参照することができなかったものと推測される。もっとも、Noble Ventures 判断のパラグラフ 61 は、CMS 判断を参照することによって急遽追加されたものである可能性はある。

の2条2項⁶⁸に違反した、と主張した事例)において、仲裁廷(Francisco Orrego Vicuña, Marc Lalonde, Francisco Rezek)は、*Joy Mining v. Egypte* 判断の傍論をさらに押し進め、約束遵守条項がある場合であっても、いかなる契約違反も条約違反を構成するわけではなく、契約の純粹に商業的な側面(purely commercial aspects)は条約により保護されないこともあり、他方、政府または公機関による重大な介入がある場合には条約による保護があり得る、と述べた⁶⁹。もっとも、その理由付けは定かではない⁷⁰ (この判断は、後に ICSID 特別委員会により取り消された。ただし、その取消事由はここに述べた論点には関係しない⁷¹)。なお、本件ではアルゼンチンの行為は「政府または公機関による重大な介入」を構成するとされ、約束遵守条項の違反が認定されている⁷²。

そして、決定的に重要なのが、続いて示された、*El Paso v. Argentina* (2006)⁷³および *Pan Am v. Argentina* (2006)⁷⁴の二つの仲裁判断である。この二つの事例は、いずれも、米会社が子会社を通じてアルゼンチンにおける石油開発および発電業に投資し、2001年のアルゼンチン経済危機に伴う為替制限や通貨切り下げなどにより被害を受けたと主張しているものであり、形式的に手続の併合はなされなかったものの、被申立人が *Brigitte Stern* を仲裁人に指名し、ICSID は全当事者の同意に基づいて両仲裁廷の長として *Lucius Cafilisch* を選任した (申立人指名仲裁人は、*El Paso* では *Piero Bernardini*、*Pan Am* では *Albert Jan van den Berg*)。仲裁判断文は、ほぼ同一と言って良い。いずれも、*CMS* 事件と同じく米-アルゼンチン BIT の 2 条 2 項 c が問題となった事例である。

両仲裁廷によれば、主権者たる国家(State as a sovereign)と商人たる国家(State as a merchant)とを区別し、BIT に基く仲裁を利用することができるのは前者のみである⁷⁵。この立場は *Joy Mining v. Egypt* 仲裁⁷⁶と *Vivendi* 取消手続特別委員会⁷⁷により示され

⁶⁸ 前掲注 54 の米-ルーマニア BIT 2 条 2 項 c と同一。

⁶⁹ *CMS v. Argentina*, *supra* note 67, para. 299.

⁷⁰ 仲裁廷は、この判断を支持する先例として *Lauder v. Czech Republic*, *Genin v. Estonia*, *Aguas del Aconquija v. Argentina*, *Azurix v. Argentina*, *SGS v. Pakistan*, *SGS v. Philippines*, *Joy Mining v. Egypt* を挙げる(para. 300)のみである。しかし、このうち、最後の *Joy Mining v. Egypt* 判断は完全な傍論でこれを述べており、*SGS v. Philippines* はこの問題を論じておらず、引用する趣旨が不明である。わずかに、*SGS v. Philippines* が「例外的な場合には」契約違反が条約違反を構成し得る、と述べたこととの関連性を見ることができる程度であり、それ以外の事例ではそもそも約束遵守条項が問題となっていない。*Joy Mining* 仲裁廷も *CMS* 仲裁廷も *Francisco Orrego Vicuña* が長を務めていることには留意しておく必要がある。なお、注 93 参照。

⁷¹ 取消決定については、後掲注 103。

⁷² *CMS v. Argentina*, *supra* note 67, para. 303.

⁷³ *El Paso Energy v. Argentina*, ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006.
<<http://icsid.worldbank.org/>>

⁷⁴ *Pan American Energy v. Argentina*, ARB/03/13 ; *BP America Production v. Argentina*, ARB/04/8,
<<http://icsid.worldbank.org/>>

⁷⁵ *El Paso v. Argentina*, *supra* note 73, para. 79 ; *Pan Am v. Argentina*, *supra* note 74, para. 108.

⁷⁶ この援用に問題があることは前掲注 70 の通り。

⁷⁷ 引用されているのは特別委員会の取消決定(*supra* note 2)の para. 96 であり、そこでは条約違反と契約違反との区別が述べられているにとどまり、「主権者たる国家」と「商人たる国家」との区別を示唆するものは見られない。また、同事件特別委員会は約束遵守条項について議論していないことにも注意が必要である。

たものである。また、米 2004 年モデル BIT⁷⁸ 24 条 1 項 a は、仲裁廷は investment agreement について管轄権を有すると定めており、investment agreement とは国家が主権者として締結するものであることも、本件両仲裁廷の結論を支持する、と述べている⁷⁹。

さらに、両仲裁廷は、契約違反が約束遵守条項違反を構成するという先例に対して、そのように理解すれば BIT 全体が無意味になってしまう (SGS v. Philippines に対する批判)⁸⁰、有力な反対意見が付されている (Eureko v. Poland に対する批判)⁸¹、単に商業的な契約に国際的な手続による救済を与える必要はない (Noble Ventures v. Romania に対する批判)⁸²、という批判である。さらに、一般論として、国内法と国際法との区別を破壊してしまうことにつながることも指摘している⁸³。

このように、本件両仲裁廷は、安定化条項など主権者としての約束の違反が含まれる場合を除き、契約違反は約束遵守条項違反を生ぜしめない、と結論する⁸⁴。

CMS v. Argentina にせよ、El Paso v. Argentina あるいは Pan Am v. Argentina にせよ、さらには傍論で同様の立場を示した Joy Mining v. Egypt にせよ、このような立場の仲裁判断の特徴は、文言解釈に依拠しない、というところにある。

4. 転々 錯綜する仲裁判断

契約違反により約束遵守条項違反が生じることを広く認める仲裁判断が約束遵守条項の文言に着目し、制約的に考える仲裁判断が文言以外の何かしに手がかりを求める、という傾向は、現在まで続いている。

Siemens v. Argentina (2007)⁸⁵ (ドイツ企業 Siemens 子会社の SITS 社 (アルゼンチン法人) が、移民・住民 ID・選挙管理システム作成とそのための ID カード作成につき 1998 年にアルゼンチン政府と契約を締結したところ、その契約が、2000 年に成立したアルゼンチン緊急事態法により 2001 年に終了された事例) では、契約違反が約束遵守条項違反となるとされた。ドイツ・アルゼンチン BIT⁸⁶ 条 2 項がその条項である。

⁷⁸ 2004 U.S. Model Bilateral Investment Treaty.

<http://www.ustr.gov/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/Section_Index.html>

⁷⁹ El Paso v. Argentina, *supra* note 73, para. 80 ; Pan Am v. Argentina, *supra* note 74, para. 108.

⁸⁰ El Paso v. Argentina, *supra* note 73, para. 76 ; Pan Am v. Argentina, *supra* note 74, para. 105.

⁸¹ El Paso v. Argentina, *supra* note 73, para. 77 ; Pan Am v. Argentina, *supra* note 74, para. 106.

⁸² El Paso v. Argentina, *supra* note 73, para. 78 ; Pan Am v. Argentina, *supra* note 74, para. 106.

⁸³ El Paso v. Argentina, *supra* note 73, para. 82 ; Pan Am v. Argentina, *supra* note 74, para. 110.

⁸⁴ El Paso v. Argentina, *supra* note 73, paras. 81, 84, 85 ; Pan Am v. Argentina, *supra* note 74, paras. 109, 112, 113.

⁸⁵ Siemens v. Argentina, ARB/02/8, Award, 6 February 2007. <<http://ita.law.uvic.ca/>>

⁸⁶ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Argentinischen Republik über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen, am 9. April 1991. (独・西正文) <http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/germany_argentina_sp.pdf>

“Jede Vertragspartei wird jede andere Verpflichtung einhalten, die sie in bezug auf Kapitalanlagen von Staatsangehörigen oder Gesellschaften der anderen Vertragspartei in ihrem Hoheitsgebiet übernommen hat.”

“Cada Parte Contractante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante en su territorio.”⁸⁷

仲裁廷(Andrés Rigo Sureda (President), Charles N. Brower, Domingo Bello Janeiro)は、7条2項は文字通り解釈すべきとし、投資に関する義務違反は同条項の対象範囲内である、と述べる⁸⁸。ただし、本件で問題となる契約の当事者は SITS とアルゼンチンであり、申立人 Siemens は当事者でないことを指摘し、7条2項の違反は認定していない⁸⁹。その上で、アルゼンチンが、契約といっても、投資契約(Investment Agreement)と国内行政法に準拠するコンセッション契約とがあり、約束遵守条項が対象とするのは前者のみである——これは、「主権者としての行為」のみが約束遵守条項違反となり得る、という立場を想起させる——と主張したことについて、7条2項は“any obligations”と定めているのだから、この区別に意味はない、と批判している⁹⁰。あくまで、文言解釈に基づく結論である⁹¹。

これに対し、*Sempra v. Argentina* (2007)⁹²(天然ガス開発に従事する米国企業たる申立人は、2001年のアルゼンチン通貨危機および対外債務不履行に伴う為替制限や通貨切り下げなどにより被害を受けたと主張。米-アルゼンチン BIT 2条2項cが問題となる)において、仲裁廷(Francisco Orrego Vicuña, Marc Lalonde, Sandra Morelli Rico)は、約束遵守条項を扱った先例は、全て⁹³、通常の契約当事者としての行動から生じる違反と主権国家のみがなし得る行動を含む違反とを区別しており、同仲裁廷もそのように考える、と述べる⁹⁴。そして、本件でとられた措置は主権者としての行為であるため、約束遵守条項の対象になり得る、と判断する

⁸⁷ 本件仲裁判断に引用されている(*Siemens v. Argentina*, *supra* note 85, para. 196)英訳は以下のとおり。“Each Contracting Party shall observe any other obligation it has assumed with regard to investments by nationals or companies of the other Contracting Party in its territory.”

⁸⁸ *Siemens v. Argentina*, *supra* note 85, para. 204.

⁸⁹ *Ibid.* 同じ理由から、契約違反の有無を判断するのは BIT 仲裁廷であるか当該契約に基づく仲裁廷であるかの問題 (*SGS v. Philippines* で受理可能性の問題として議論されたもの) に立ち入る必要はない、とも述べている。

⁹⁰ *Ibid.*, para. 206. この部分は、Siemens は契約当事者でないことを指摘した後の記述なので、傍論と言える。

⁹¹ *El Paso v. Argentina*, *Pan Am v. Argentina* 両判断の数カ月後に出された判断だからであろう、これら判断への言及はない。

⁹² *Sempra v. Argentina*, ARB/02/16, Award, 28 September 2007, <<http://icsid.worldbank.org/>>

⁹³ 「全て」というのは問題である。この判断の半年前に出された *Siemens v. Argentina* への言及がないのはやむを得ないとしても、*Noble Ventures v. Romania* (これは para. 309, n. 111 に引用されている) がそのように述べているとは言えないし (上記)、*Eureko v. Poland* は完全に無視されている。仲裁廷長の Orrego Vicuña は、傍論で詳細な議論を展開した *Joy Mining v. Egypt* でも長を務めており、また、*CMS v. Argentina* でも長を務めている (同事件では、本件仲裁人の一人である Marc Lalonde も仲裁人であった)。正確に言うならば、「Orrego Vicuña が長を務めた仲裁廷は全て」そのような判断を下している、ということである。

⁹⁴ *Sempra v. Argentina*, *supra* note 92, para. 310.

95。この判断過程において、問題となった米－アルゼンチン BIT2 条 2 項 c の文言解釈は一切行われていない⁹⁶。

このように、結論を導く論法についても、結論自体についても、未だ収束を見る気配はない。

5. 補 契約以外の形態をとる約束

先に述べたとおり、約束遵守条項は契約違反の場合のみに機能するとは限らない。投資受入国が国内立法により行う約束（一方的約束）についても問題となり得る。

この形態での約束が初めて議論の対象となったのは、すでに言及した *CMS v. Argentina* である。BIT・事実関係も含めこれとほぼ同じ事例として、*LG&E v. Argentina* (2006)⁹⁷がある。アルゼンチンは、1990年代のガス流通業民営化の過程で、外資の導入を図るため、参入企業が利益を生むことのできる水準にガス価格を設定すること、および、流通費用はペソでなく米ドルで計算され、アルゼンチン政府はその費用を一方的に変更できないこと、などを法律または政令で定めた⁹⁸。2000年以降の経済危機の折にこれら法律・政令を覆したことにつき、アルゼンチン企業たるガス流通業者の株式を保有していた米企業 *LG&E* が仲裁を申し立てた。

仲裁廷(Tatiana B. de Maekelt (President), Francisco Rezek, Albert Jan van den Berg)は、この法律・政令により *LG&E* の投資価値が安定的なものとなっていたこと、*LG&E* の投資の目的はこの法律・政令による制度の下で株価を上げることであったことから、これら法律・政令は一般的性質の義務ではなく、*LG&E* の投資に関する具体的義務であるため、これら法律・政令の違反は米－アルゼンチン BIT2 条 2 項 c の違反を構成する、と判断した⁹⁹。

さらに、*Enron v. Argentina* (2007)¹⁰⁰もほぼ同じ事実関係から生じた事例である。仲裁廷(Francisco Orrego Vicuña (President), Albert Jan van den Berg, Pierre-Yves Tschanz)は、文言の通常の意味から考えて“any obligation”は契約上の義務も国内立法・政令上の義務をも

⁹⁵ *Ibid*, para. 311.

⁹⁶ *Noble Energy v. Ecuador*, ARB/05/12, Decision on Jurisdiction, 5 March 2008, <<http://ita.law.uvic.ca/>> において、仲裁廷(Gabrielle Kaufmann-Kohler (President), Bernardo M. Cremades, Henri Alvarez)は、「(投資契約に含まれる)安定化条項は、アンブレラ条項の対象となり得る国家の義務を構成しうる」(para. 157) (エクアドルにおける電力業の民営化に参加したケイマン企業を間接的に保有する米企業 *Noble Energy* が、エクアドルの様々な措置が差別的であり、収用に当たるなどとして仲裁を申し立てた事件)と述べており、*Sempra* 仲裁廷等の立場に近いものと思われる。ただし、本判断は管轄権決定であり、仲裁廷も「この段階でアンブレラ条項の適用について議論する必要はない」(para. 155)と断った上での言及であって、詳細な議論は展開されていない。

⁹⁷ *LG&E v. Argentina*, ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006. <<http://icsid.worldbank.org/>>

⁹⁸ *Ibid*, paras. 38-42.

⁹⁹ *Ibid*, paras. 174-175.

¹⁰⁰ *Enron v. Argentina*, ARB/01/3, Award, 22 May 2007. <<http://ita.law.uvic.ca/>>

含み得る、と述べ¹⁰¹、LG&E v. Argentina と同様の結論に達している¹⁰²。

しかし、CMS 事件取消決定(2007)において、特別委員会(Gilbert Guillaume (President), Nabil Elaraby, James R. Crawford)は、これら 3 つの事例で扱われた米-アルゼンチン BIT 2 条 2 項 c について、その“any obligations [each Party] may have entered into with regard to investment”という文言（特に“entered into”）に着目し、この条項が対象とするのは合意による義務(consensual obligations)であって、対世的にはなく特定の主体との関係との間で成立する義務であり、二辺的な義務であるか、あるいは投資家の負う義務と本質的に関連する(intrinsically linked)場合のみである、と判断している¹⁰³。これは、国内立法により投資受入国が負う義務が約束遵守条項の対象となる場合を大幅に制限するものではあるが、そのような場合があり得ることを全面的に否定するわけではない¹⁰⁴。

B. 論点

「文言の通常の意味」からすれば、any obligations などという文言が契約上の義務を排除するとは考えられない¹⁰⁵。したがって、約束遵守条項は契約上の義務を対象としない、と主張する側は、「文言の通常の意味」を覆すだけの説得的な理由を提示する必要がある。約束遵守条項をそのように制約的に解する El Paso などの判断例は、上に見たように、有用性原理・国際法と国内法との区別・IIA が国家の公的行為のみを対象とすることを根拠としている。このうち、比較的重要性の低い前二者をはじめに簡単に検討し(1., 2.)、続いて、国家の公的行為と承認としての行為との区別についてやや詳細に論じる(3.)。

なお、これらの問題に加えて、CMS v. Argentina 取消手続特別委員会決定により、投資受入国が同国法に基づく法人に対して負う契約上または国内法上の義務の違反について、当該法人の少数株主たる外国人投資家は IIA の約束遵守条項違反を主張する資

¹⁰¹ *Ibid*, paras. 273-274. 仲裁廷の長が Orrego Vicuña であることが興味深い。

¹⁰² *Ibid*, paras. 275-277.

¹⁰³ CMS v. Argentina, ARB/01/8, Decision on the Ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007, para. 95. <<http://icsid.worldbank.org/>>

したがって、アルゼンチンからガス輸送の免許を得ていた TGN 社に対してアルゼンチンが義務違反を行っていたとしても、その義務違反を TGN 社の少数株主である CMS 社が主張できるかどうかは別問題であって、その問題について原仲裁判断は理由を示していないとして、特別委員会はこの部分の仲裁判断を取り消した。*Ibid*, paras. 96-97.

¹⁰⁴ なお、アルゼンチン経済危機に端を発する一連の事件の一つである BG v. Argentina, UNCITRAL, Final Award, 24 December 2007 <<http://ita.law.uvic.ca/>>でも、申立企業は、アルゼンチンによる国内法違反がアルゼンチン-イギリス投資保護条約(UNTS, vol. 1765, I-30682)2 条 2 項の約束遵守条項違反を構成すると主張した。しかし、仲裁廷(Alejandro M. Garro (President), Albert Jan van den Berg, Guillermo Aguilar Alvarez)は、仲裁判断文の約束遵守条項に関する節において、当該国内法違反が同 BIT の衡平公正待遇義務に違反すると既に判示した、とのみ述べて、約束遵守条項に関する主張については判断していない(paras. 365-366)。

¹⁰⁵ 多くの論者の指摘するところである。一例のみ挙げれば、Katia Yannaca-Small, “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, in *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, OECD, 2008, p. 101, p. 125.

格を有するか、という問題も提起されている¹⁰⁶。しかし、この問題に関する仲裁判断はなく、問題の重要性も比較的低いと思われる¹⁰⁷ので、ここでは取り扱わない。また、**SGS v. Philippines** 判断は、文言の通常の意味等に基づいて約束遵守条項は契約上の義務を対象とするという結論に達した上で、しかしながら、契約に排他的法廷選択条項が含まれている場合には、約束遵守条項違反の主張は受理可能性を欠く、と結論している。この問題は、約束遵守条項の解釈の問題ではなく、条約の紛争処理条項と契約の紛争処理条項との関係のそれであるので、II.の「一般的紛争処理条項」およびIII.の「契約当事者による排他的法廷選択の効果」の箇所論じる。

1. 有用性原理

約束遵守条項が契約違反を IIA 違反とするとすると、IIA の他の規定は無意味になってしまう、と **El Paso v. Argentina / Pan Am v. Argentina** は主張する。しかし、投資は契約に基づいてなされるとは限らず、その場合には IIA の他の規定は完全に存在意義を有する。また、契約による投資の場合であっても、たとえば投資受入国による支払い拒否が直ちに収用を構成するとは限らない¹⁰⁸ことを考えると、約束遵守条項と IIA の他の規定とが別個の存在理由を有することは明らかである¹⁰⁹。

逆に、**El Paso v. Argentina** が言うように、公権力を行使する国家の行為のみが約束遵守条項の対象になるとすると、実際には、収用や公正衡平待遇義務違反などが認められる場合にのみ約束遵守条項の違反も認められることになり¹¹⁰、約束遵守条項を別個に定める意味が失われてしまう¹¹¹。

¹⁰⁶ **CMS v. Argentina, Ad hoc Committee, supra note 103, paras. 90-94.**

¹⁰⁷ 投資受入国が当該少数株主との関係において契約上ないし国内法上の義務を負っていることが証明されるならば、この場合を特に区別して考える必要はない。その証明がなされない場合は、当然ながら、約束遵守条項違反の問題は生じ得ない。**Gaillard** は少数株主と投資受入国との間において契約関係（ないし国内法上の権利義務関係）が成立していなくても当該少数株主は約束遵守条項違反を主張し得ると述べる（**Emmanuel Gaillard, “Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) : Chronique des sentences arbitrales”, Journal du droit international, 2008, p. 311, p. 363.**）。しかし、この場合にこの問題について当該少数株主が *locus standi* を有する理由は説明されていない。

¹⁰⁸ **SGS v. Pakistan, supra note 9, para. 161.**

¹⁰⁹ **Emmanuel Gaillard, “Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) : Chronique des sentences arbitrales”, Journal du droit international, 2007, p. 255, pp. 292-293.**

¹¹⁰ **El Paso v. Argentina** と同様に（ただし同判断を引用せずに）、約束遵守条項は主権的義務にのみ関係する主張する **van Harten** が約束遵守条項に基く義務の例として挙げるのは、十全な保護と安全（*full protection and security*）を確保する義務と、補償なしの収用を行わない義務である。**Gus van Harten, “The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State”, I.C.L.Q., vol. 56, 2007, p. 371, p. 391.**

¹¹¹ **Hein-Jürgen Schramke, “The Interpretation of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties”, Transnational Dispute Management, vol. 4, issue 5, September 2007, p. 22.**

2. 国際法と国内法との区別

これは、*El Paso v. Argentina / Pan Am v. Argentina* の判示の中でもっとも理解が困難な箇所である。なぜ、国際法と国内法との区別が不分明になってはならないのか、理由は不明である。いずれにせよ、約束遵守条項は、国際法と国内法との区別を前提にして初めて意味を有するものであり（契約違反だけでは IIA 違反を構成しないので、あえて約束遵守条項を置く）、両仲裁廷の判断は理解不能である。

3. 公権力としての行為と商行為との区別

El Paso v. Argentina その他、この区別を採用する仲裁廷は少なくない。しかし、約束遵守条項に明示されていないこの区別が存在するのはなぜか、そして、公権力としての行為についてのみ約束遵守条項が機能するのはなぜか、について説明した仲裁例はない。

(a) 約束遵守条項の成立経緯

この区別を主張した学説として著名なのが、投資法研究の第一人者の一人である Thomas Wälde の 2005 年論文¹¹²である。2006 年に出された *El Paso v. Argentina / Pan Am v. Argentina* がこの研究に大きな影響を受けていることは容易に推測できる。Wälde の主張を一言にまとめるならば、「約束遵守条項が生まれた 1950 年代・60 年代当時、この条項は、投資契約を政府の公的行為から保護するために構想された」というものである¹¹³。

しかし、この主張に対しては、歴史的経緯は Wälde の主張するところと異なり政府の公的行為からの保護に限定する趣旨ではなかった¹¹⁴、むしろ逆に、国家の交渉力を活かして、投資家が投資受入国と交渉する限りでは認められないであろう契約違反の場合の国際的仲裁を認めさせるところに約束遵守条項の発端がある¹¹⁵、という主張も見られる。

そもそも、仮に Wälde の言うような経緯が認められるとしても、それを 50 年後の現代にそのまま受け入れねばならない理由はない¹¹⁶。仮に、特定の IIA における約束遵守条項の解釈を議論するために起草過程を考慮することができる場合であっても（条約法

¹¹² Thomas Wälde, “The ‘Umbrella’ Clause in Investment Arbitration”, *J. World Investment & Trade*, vol. 6, 2005, pp. 183-236.

¹¹³ *Ibid*, esp. pp. 192-193.

¹¹⁴ Sinclair, *supra* note 7, pp. 411-434.

¹¹⁵ Gaillard, *supra* note 109, p. 295.

¹¹⁶ 坂田雅夫・前掲注 7・950 頁。

条約 32 条（に反映される慣習国際法規則）はあくまで補的手段にとどまる）、それは当該 IIA の起草過程であって、1950・60 年代に構想された文書の起草過程ではない。Wälde が主張するような歴史的経緯を前提に約束遵守条項を含める IIA も論理的には存在し得るが、しかし、それはそれぞれの IIA の起草過程等に照らして明らかにされるべきことであり、「およそ約束遵守条項であれば 1950 年代の経緯を前提に解釈すべきである」という主張には、根拠がない。

一例のみ挙げるならば、エネルギー憲章の 10 条 1 項が

[...] Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.”

と定めているところ、エネルギー憲章事務局が刊行した同憲章ガイド（2002 年）によれば、この条文の効果はまさに “a breach of an individual investment contract by the host country becomes a violation of the ECT” である¹¹⁷。さらに、同憲章 26 条 3 項(c) は、10 条 1 項に関する紛争を同憲章が定める強制的紛争処理制度から選択的に除外することを認めており、現時点で実際にオーストラリア・ハンガリー・ノルウェーなどがその選択的除外を行っている。このような条約について、1950 年代の経緯を根拠に Wälde のような主張を行うことには意味がない。

(b) IIA の一般的特質

より重要なのは、IIA の性質それ自体から、「国家が公権力 *puissance publique* として行動する場合にのみ、IIA 違反の有無が問題となり得る」という主張である。上記の通り、約束遵守条項との関連でその根拠について詳述する仲裁先例はないが、この主張はとりわけ収用との関係で展開されることがあり、しかも、そこでの議論内容を見ると、問題は収用に限定されるものではないことに気がつく。

収用との関係で公権力性の有無が問題になった代表的な事例は、*RFCC c. Maroc*（本案・2003）である（モロッコ国土省がモロッコ会社 ADM に Rabat・Fès 間的高速道路建設コンセッションを与え、ADM は入札を行い、イタリア会社が落札、工事は終了したものの、支払価格について折り合わなかった事例）¹¹⁸。仲裁廷(Robert Briner (Président), Bernardo Cremades, Ibrahim Fadlallah)は、補償が認められるためには、国家が契約当事者としてではなく公権力(*puissance publique / autorité publique*)として行動したことが証明されねばならない、と述べ¹¹⁹、遅延損害金賦課をめぐる対立は、ADM の行為がモロッコに帰属するかどうかにかかわらず、純粋に契

¹¹⁷ Energy Charter Secretariat, *The Energy Charter Treaty: A Reader's Guide*, 2002, p. 26.

¹¹⁸ Consortium R.F.C.C. c. Maroc, ARB/00/6, Sentence arbitrale, le 22 décembre 2003, *ICSID Rev. FILJ*, vol. 20, 2005, p. 391. なお、この仲裁判断に対しては ICSID 条約 52 条に基づく取消請求がなされ、特別委員会による決定が 2006 年 1 月 18 日に下されている。しかし、当該決定は非公開であり、取消がなされたかどうかも含め、内容は一切不明である。<<http://icsid.worldbank.org/>>

¹¹⁹ *Ibid*, p. 424, para. 65.

約の解釈適用をめぐる問題であって収用の問題ではない、と判断した¹²⁰。収用に関する限り、この主張は理解できないでもない。仲裁廷が述べるように、契約当事者たる国家が契約を不適切に履行する(*mal exécuté*)場合には契約に定める(あるいは救済が定める適用法における)手続により救済が可能であり、その場合は未だ収用は成立していない、と考えることもできるからである¹²¹。

しかし、いくつかの仲裁判断によれば、公権力性が意味を持つのは収用に限定されない。RFCC *c. Maroc* 判断は、公正衡平待遇義務との関係においても、国家が公権力として行動した場合にのみ違反を問いただすと述べる¹²²。その理由は、

“Seul l’Etat, en tant que puissance publique, et non comme contractant, a assumé des obligations au titre de l’Accord bilatéral.”

(契約当事者としての国家ではなく公権力としての国家のみが二国間条約に基づく義務を引き受けたのである。)

とされる¹²³。そして、契約に基づく申立人の主張を否定しただけでは公正衡平待遇義務違反にはならない、と判断している¹²⁴。

RFCC *c. Maroc* のこの判断は、*Salini v. Jordan* の管轄権判断(2004)で明示的に踏襲された¹²⁵ (ただし、この事例からは、公権力としての国家の行動とは具体的にどのようなものかについて明らかにならない¹²⁶)。なお、*Siemens v. Argentina* も、収用の文脈でありながら、国家が国際責任を負うのは公権力として行動した場合のみである、という一般論を述べている¹²⁷。さらに、*Impregilo v. Pakistan* は、契約違反と条約違反との関係に関する一般論を述べる過程において——すなわち、収用や公正衡平待遇義務のような具体的規則との関連においては——、RFCC *c. Maroc* に依拠しつつ、公権力を行使する国家のみが BIT 上の義務に違反し得る、と判示している¹²⁸。このように見てくると、*El Paso v. Argentina* のように約束遵守条項との関連で公権力性の存在を同条項違反の要件とする判断は、「公権力を行使する国家でなければおよそ IIA の違反をなし得ない」という命題が一般的に成立することを前提にしている、と考えられる。

¹²⁰ *Ibid.*, p. 433, para. 87.

¹²¹ 参照、坂田雅夫・前掲注 7・951-954 頁。

¹²² R.F.C.C. *c. Maroc*, *supra* note 118, p. 419, para. 51.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*, p. 436, para. 95.

¹²⁵ *Salini v. Jordan*, *supra* note 42, p. 195, para. 155.

¹²⁶ 本案では、申立人は、契約上の紛争を国内法上の仲裁に付託することにヨルダンが同意した(契約は、ヨルダン国内裁判所への付託を原則とし、両当事者の合意があれば仲裁も可とする)にも拘わらず、ヨルダンはその同意を後に撤回し、それが BIT の公正衡平待遇義務の違反を構成する、と主張した。仲裁廷は、ヨルダンによる仲裁への同意の存在を証拠不十分として認めず、その結果として、公正衡平待遇義務違反も否定した。*Salini v. Jordan*, ARB/02/13, Award, 31 January 2006, paras. 99-100.

<<http://icsid.worldbank.org/>>

¹²⁷ *Siemens v. Argentina*, *supra* note 85, para. 253.

¹²⁸ *Impregilo v. Pakistan*, ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, para. 260.

<<http://icsid.worldbank.org/>>. 本件はその後和解により取り下げられており、具体的な義務違反の有無に関する判断は示されていない。

これら先例の主張についてまず指摘すべきことは、「公権力を行使する国家でなければおよそ IIA の違反をなし得ない」という命題の根拠付けは一切なされていない、ということである¹²⁹。 *Acta iure imperii* と *acta iure gestionis* との区別は国家免除の文脈でよく知られるところであるが、しかし、国家は *acta iure gestionis* によっておよそ国際法違反はなし得ないという主張は、国連国際法委員会による国家責任条文案およびその作成過程における諸国の反応により、完全に否定されている¹³⁰。

もちろん、特定の一次規則の内容として、収用について公権力性を要件とすることは、上記の通り収用の性質から理解することができ、公正衡平待遇義務についても同じことが言えるかもしれない¹³¹。しかし、約束遵守条項については、IIA に明示されていないにも拘わらず公権力性を要件とすることを根拠づける事情を見出すことはできず¹³²、その要件性を主張する *El Paso v. Argentina* 仲裁廷等もその根拠を示していない。投資受入国は、投資家との契約において ICSID 仲裁への付託を合意することができ、その場合は当然に ICSID 仲裁廷は契約違反を審理することになる。すなわち、投資受入国は、投資家と合意さえすれば、契約違反（の有無）に関する問題を ICSID 仲裁廷に付託することが可能なのであり、その実例は数多い。そのような事例において、*Klöckner c. Cameroun* (1983)¹³³をはじめ、商行為の性格を有すると思われる国家の行為に管轄権が認められたことは少なくない。そうだとすれば、仲裁廷の管轄権について、仲裁への付託を定める IIA の締結に示される国家の同意と付託に含まれる投資家の同意とが管轄権の基礎たる合意を構成するように、約束遵守条項を含む IIA の締結に示される国家の

¹²⁹ Daigremont は、「契約に関する純粋に商業的な問題は、外国投資に固有の問題ではないから」と言うが、これは典型的な論点先取である。Voir Claire Crépet Daigremont, “L’extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI”, in Philippe Kahn & Thomas W. Walde, sous la direction de, *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Leiden, Nijhoff, 2007, p. 453, p. 504.

¹³⁰ 西村弓「投資紛争における行為の国家への帰属」RIETI Discussion Paper Series 08-J-032 参照。西村も、行為の帰属においては *acta iure imperii* と *acta iure gestionis* との区別は意味を持たず（すなわち、*acta iure gestionis* であればおよそ国家の国際違法行為を構成しない、とは言えず）、特定の一次規則の内容によって *acta iure gestionis* が違法とならない場合があり得るにとどまる、と述べる。

¹³¹ ただし、Schreuer は、公権力行使により契約に反する措置をとる場合、それは公正衡平待遇義務違反ではなく収用として理解するのが正しいだろう、と述べる。Christoph Schreuer, “Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with Other Standards”, *Transnational Dispute Management*, vol. 4, issue 5, September 2007, p. 20.

¹³² 約束遵守条項において公権力行使としての行為と商行為との区別が明文上なされていないことを力説する主張として、Eric Teyler, “Umbrella Clauses : le temps se couvre”, *Gazette du Palais*, 2006, Doctrine, p. 3783, p. 3790 ; Gaillard, *supra* note 109, p. 295. また、Dolzer も、収用において公権力性が要件となることを当然の前提としつつ、収用と契約遵守の保護とは問題が異なるため、行為の公権力性を約束遵守条項違反の要件とすることには慎重でなければならないと主張する。Rudolf Dolzer, “Schirmklauseln in Investitionsschutzverträgen”, in *Völkerrecht als Wertordnung : Festschrift für Christian Tomuschat*, Kehl, Engel, 2006, p. 281, p. 295.

¹³³ *Klöckner c. Cameroun*, ARB/81/2, sentence, le 21 octobre 1983, *Journal du droit international*, t. 111, 1984, p. 409. この判断は後に取り消されているが、商人としての行為か主権者としての行為かは問題となっていない。Décision sur l’annulation, le 3 mai 1985, *Journal du droit international*, t. 114, 1987, p. 163. なお、取消後改めて出された判断およびその判断の取消決定については、公表されていない。参照、小寺彰「クレックナー—ほか対カメルーン共和国『投資紛争解決国際センター(ICSID)』(日本エネルギー法研究所、1998年) 203頁。

同意と付託に含まれる投資家の同意とによって成立する合意が、商行為の性格を有する国家の行為に関する IIA 仲裁廷の管轄権を基礎づける、と考えるとしても、何ら問題はない¹³⁴。

(c) 契約に関する国際的手続の必要性

「商人たる国家」がなす契約には国際的手続は不要である、という *El Paso v. Argentina / Pan Am v. Argentina* 判断の主張は、投資契約それ自体に国際的手続（たとえば ICSID 仲裁）が定められることがあることを考えると、理解しがたい。投資受入国が「商人」として行動するか主権者として行動するかに拘わらず、投資家側から見れば、契約違反について国際的手続を用いることができればそれは大きな利益であって、アブリオリにこの場合には国際的手続は不要だ、ということはできない。また、投資における契約の重要性（それは様々な IIA の「投資」概念に現れている）に鑑みれば、IIA の解釈に当たって契約上の請求を軽視することは適切でない¹³⁵。

以上の検討から、*El Paso v. Argentina / Pan Am v. Argentina* 判断のように、個々の約束遵守条項の文言の如何に拘わらず、およそ IIA の条項は契約違反を対象としないと結論することは、誤りであることが明らかになる。当該約束遵守条項の文言次第では、契約違反が同条項違反をも構成し、IIA に基く仲裁廷が契約違反に起因する紛争につき管轄権を有する、ということはあるのである。したがって、問題は、いかなる文言をもって約束遵守条項を作成するか、である。

C. 対応策 文言の明確化

もとより、契約違反に起因する紛争を IIA に基く仲裁廷で扱うようにするかどうかは、IIA 当事国が自由に決定することができる。IIA を締結しようとする国が考えるべきは、この点に関する自国の政策決定を性格に反映する文言はどのようなものか、ということである。

最も広く解釈できる約束遵守条項は、韓国－ベラルーシ BIT (1997)¹³⁶ 10 条のような

¹³⁴ Charles Leben, “La responsabilité internationale de l’État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements”, *A.F.D.I.*, t. 50 [2004], p. 683, pp. 710-711. See also Campbell McLachlan et al., *International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford Univ Pr., 2007, p. 110.

¹³⁵ John P. Gaffney & James L. Loftis, “The ‘Effective Ordinary Meaning’ of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims”, *J. World Investment & Trade*, vol. 8, 2007, p. 5, p. 20.

¹³⁶ Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Belarus for the Promotion and Protection of Investment, signed on 22 April 1997. <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/korea_belarus.pdf> 韓国語・ベラルーシ語・英語正

規定である。

“ARTICLE 10 Application of Other Rules

- (1) Where a matter is governed simultaneously both by this Agreement and by another international agreement to which both Contracting Parties are parties, or by general principles of international law, nothing in this Agreement shall prevent either Contracting Party or any of its investors who own investments in the territory of the other Contracting Party from taking advantage of whichever rules are the more favourable to his case.
- (2) If the treatment to be accorded by one Contracting Party to investors of the other Contracting Party in accordance with its laws and regulations or other specific provisions or contracts is more favourable than that accorded by this Agreement, the more favourable treatment shall be accorded.
- (3) Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party.”

条文の表題が「他の規定」すなわち本 BIT 以外の規定とされており、2 項に BIT より有利な内容の国内法・契約規定が挙げられ、3 項に any “other” obligation と定められていることを考えると、この obligation に 2 項の対象とならない国内法あるいは契約に基づく義務が含まれることは間違いない。もっとも、2 項も約束遵守条項の一種と言え¹³⁷、この規定があれば 3 項を併せて規定することの実際上の意味はあまりないだろう。なお、IIA の中には、上記韓国－ベラルーシ BIT 10 条 2 項に相当する規定はあるが 10 条 3 項に相当する規定のないもの（例、韓国－スロヴァキア BIT (2005)¹³⁸10 条 2 項）や、逆に、10 条 2 項に相当する規定がなく 10 条 3 項に相当する規定があるもの（例、韓国－ルーマニアとの BIT (1990)¹³⁹ 3 条 5 項、中国－ドイツ BIT (2004)¹⁴⁰10 条 2 項）がある。前者の場合は、

文、齟齬ある場合には英語優先（条約末文）。

¹³⁷ なお、2006 年署名のフランス－トルコ BIT（フランス議会による承認法は 2008 年 2 月 15 日に成立。J.O.R.F. du 16 février 2008, p. 2825）7 条は、以下のように定める。

“Le présent Accord ne porte pas atteinte : [...]

c) aux obligations assumées par l’une des Parties contractantes, y compris celles qui découlent d’un accord sur les investissements ou d’une autorisation d’investissement, qui accordent à des investissements ou à des activités connexes un traitement plus favorable que celui qui est accordé par le présent Accord dans des situations analogues.

（「本協定は、次のものを害するものではない。

c) 本協定当事国のいずれかにより引き受けられた義務（投資に関する協定あるいは投資許可から生じる義務を含む。）であって、投資または投資に関係する活動に対し、本協定に定める待遇と比較して、類似の状況においてより高い程度の待遇を与えるもの。」）” Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Turquie sur l’encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 15 juin 2006.

<<http://www.senat.fr/leg/pjl07-078-convention.pdf>> このような規定の仕方であれば、契約違反が直ちに 7 条違反となることはない。

¹³⁸ Agreement between the Government of the Slovak Republic and the Government of the Republic of Korea for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, signed on 27 May 2005.

<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/rep%20korea_%20slovakia.PDF>

¹³⁹ Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of Romania on the Mutual Promotion and Protection of Investments, signed on 7 August 1990.

投資家にとって条約より有利な内容の契約あるいは国内法の違反があれば、BIT の当該条項違反が成立する。後者の場合も、国際法に言及した上で any “other” obligation とする文言から、国内法あるいは契約に基づく義務が含まれると解される。

次に、上に引用した米ールーマニア BIT や米ーアルゼンチン BIT、あるいは日ー香港投資保護協定(1997) ¹⁴¹2 条 3 項末文、日ーロ投資保護協定(1998)¹⁴²3 条 3 項末文、日ーカンボジア投資保護協定(2007) ¹⁴³4 条 2 項、日ーラオス投資保護協定(2008)¹⁴⁴5 条 2 項のように、

“Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of the other Contracting Party.”

と定める類型がある(上記韓国等の BIT とは、“other”の有無において異なる)。この種の約束遵守条項も、上(I.B.)に述べたところから、契約上の義務を含むと解される。ただし、“entered into”という表現は投資受入国が自国国内法により引き受ける義務を含むかどうか定かでない、という CMS 特別委員会の見解には留意が必要である¹⁴⁵。

これら諸規定に比してやや IIA 仲裁廷の管轄権に制約的なものとして、中国ーフィンランド BIT (2004)¹⁴⁶10 条がある。

“Article 11 Other Obligations

1. If the legislation of either Contracting Party or international obligations existing at present or established hereafter between the Contracting Parties result in a position entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable

<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/korea_romania.pdf>. *See also* Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of Ukraine for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, signed on 16 December 1996.

<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/korea_ukraine.pdf>

¹⁴⁰ Agreement between the People’s Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, signed on 1 December 2003.

<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china_germany.pdf>

¹⁴¹ Agreement between the Government of Hong Kong and the Government of Japan for the Promotion and Protection of Investment, signed on 15 May 1997.

<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/hongkong_japan.pdf>

¹⁴² Agreement between the Government of Japan and the Government of the Russian Federation Concerning the Promotion and Protection of Investment, signed on 12 November 1998.

<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/Japan_Russia.tif>

¹⁴³ Agreement between Japan and the Kingdom of Cambodia for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, signed on 14 June 2007.

<<http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/cambodia/agree0706.pdf>>

¹⁴⁴ ただし、“any obligation it may have entered into *in a written form*”との制約付き(強調瀆本)。

Agreement between Japan and the Lao People’s Democratic Republic for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment, signed on 16 January 2008.

<<http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/laos/agree0801.pdf>>

¹⁴⁵ *Supra* note 103. もっとも、CMS 特別委員会は、“entered into”という表現は国内法により引き受けられる義務を除く、とまでは述べていない。また、韓国ーベラルーシ BIT 10 条 3 項の場合、“entered into”という表現を根拠に投資受入国国内法に基づく義務を排除することはできないだろう。

¹⁴⁶ Agreement between the Government of the Republic of Finland and the Government of the People’s Republic of China on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, signed on 15 November 2004. <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china_finland.pdf>

than is provided for by the Agreement, such regulations shall prevail over the present Agreement.

2. Each Contracting Party shall observe any specific commitments it may have entered into with investors of the other Contracting Party as regards to their investments.”

この場合、条文の表題(“other” obligations)および1項に他の国際法上の義務について規定されていることから、2項が契約あるいは国内法を対象にしたものであることが判る。しかし、“specific commitments it may have entered into with investors”と規定されているので、契約が対象とされることについては問題ないが、国内法については、それが投資家との“specific commitments”と性格付け得るものでなければ、本条項の対象とはならない。

さらに IIA 仲裁廷の管轄権に制約的なものとして、デンマークーインド BIT¹⁴⁷ (1995) 2条4項のようなものがある。

“Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party, with disputes arising from such obligations being only redressed under the terms of the contracts underlying the obligations.”

契約の実体規定はこの種の約束遵守条項の違反を生ぜしめない。ただし、投資受入国が契約の紛争処理規定に従わない場合には、その行為(不作為)がこの種の約束遵守条項違反となることがあり得る。もっとも、投資受入国が投資契約の紛争処理条項を遵守しない場合には、公正衡平待遇義務違反¹⁴⁸や収用¹⁴⁹の成立が認められ得るので、その場合にこの種の約束遵守条項の違反を論じることに実践的な意味はあまりない。

他方、上記の各種約束遵守条項に類似していながら、契約違反を直ちに条約違反にはしない条項として、*Salini v. Jordan* 事件で扱われたイタリアーヨルダン BIT 2条4項のような類型のほか、フランスーマダガスカル BIT (2003)¹⁵⁰ 9条

“Les investissements ayant fait l’objet d’un engagement particulier de l’une des Parties contractantes à l’égard des nationaux et sociétés de l’autre Parite contractante sont régis, sans préjudice des dispositions du présent accord, par les termes de cet engagement dans la mesure où celui-ci comporte des dispositions plus favorables que celles qui sont prévues par le présent accord.”

(「投資に関して、当事国の一方が他方の当事国の国民および会社に関してなした個別の約束が

¹⁴⁷ Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the Kingdom of Denmark Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, signed on 6 September 1995, *UNTS*, vol. 1942, I-33318.

¹⁴⁸ Noble Ventures, *supra* note 53, para. 182.

¹⁴⁹ 参照、松本加代「規制と間接収用」RIETI Discussion Paper Series 08-J-027.

¹⁵⁰ Accord entre le gouvernement de la République de Madagascar et le gouvernement de la République française sur l’encouragement et la protection réciproques des investissements, signé le 25 juillet 2003. <http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france_madagascar_fr.pdf>

あり、本協定の諸規定よりも有利な規定が当該約束に含まれている場合、その範囲において、かつ、本協定を害することのない限りにおいて、当該投資は当該約束に規律される。）」

のようなものがある。この場合、投資が「当該約束に規律される」と定めるにとどまっているため、投資受入国が当該約束に違反したとしても、それがこの BIT 違反を発生させることはない¹⁵¹。

このように、一口に「約束遵守条項」といっても実際には多種多様であり、ひとくくりに「およそ約束遵守条項なるものは……」と一般論を語ることに意味はなく、文言およびそれぞれの文脈に応じた解釈が必要である。

ところで、アメリカ合衆国は、上に見てきたようにルーマニアやアルゼンチンとは約束遵守条項を含む BIT を締結しているものの、2004 年モデル BIT には約束遵守条項を置いていない。これは、契約違反に起因する紛争を BIT 仲裁廷で扱えないようにするためではなく、全く逆に、この種の紛争を BIT 仲裁廷が扱うことをより明確に定めるため、約束遵守条項を置くのではなく、紛争処理条項に工夫を凝らす、という方法を選択したからである。そこで、以下、紛争処理条項がいかなるものであれば、契約に起因する紛争を IIA 仲裁廷が扱うことができるのか、という問題に歩を進めよう。

II. 「一般的紛争処理条項」が BIT に含まれている場合

約束遵守条項は、契約などの違反を当該条項違反すなわち IIA 違反とし、それにより、当該 IIA に定める紛争処理手続の利用を可能とするものである。この場合、IIA による仲裁が対象とする紛争は、契約違反に起因するものではあるが、あくまでも IIA 違反にかんするそれである。

本節で取り扱う「一般的紛争処理条項」は、さらにいっそう仲裁廷の管轄権を広げる効果を有し得る。IIA に置かれる紛争処理（仲裁）条項には、「本 IIA の解釈適用に関する紛争」を対象とするものもあるが、中には、そのような限定を付さず、「投資に関する紛争は、以下に定める手段で処理する」という紛争処理条項（これを、「一般的紛争処理条項」と呼ぶ¹⁵²）を置く IIA もある。たとえば、日本－トルコ BIT (1992)¹⁵³ 11 条は、

¹⁵¹ もっとも、同 BIT は、II. で説明する「一般的紛争処理条項」を含んでいる（7 条）ため、契約違反についても同 BIT の紛争処理条項（仲裁）が適用されることになる。

¹⁵² “clause large de règlement des différends” (Emmanuel Gaillard, “Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI): Chronique des sentences arbitrales”, *Journal du droit international*, 2006, p. 219, p. 304), “wide dispute settlement clauses” (Jörn Griebel, “Jurisdiction over ‘Contract Claims’ in Treaty-Based Investment Arbitration on the Basis of Wide Dispute Settlement Clauses in Investment Agreements”, *Transnational Dispute Management*, vol. 4, issue 5, 2007, p. 1)などと表現される。

¹⁵³ Agreement between Japan and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, signed at Ankara on 12 February 1992, *UNTS*, vol. 1853, I-31557.

“1. Any dispute between either Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party with respect to investment within the territory of the former Contracting Party shall, as far as possible, be settled amicably through consultation between the parties to the dispute [...] If any legal dispute that may arise out of investment made by a national or company of such other Contracting Party cannot be settled through such consultation, such former Contracting Party shall consent to submit the dispute to conciliation or arbitration at the request of such national or company in accordance with the provisions of the [ICSID Convention].”

と定める¹⁵⁴。この場合、「投資に関する紛争」でさえあれば、それが IIA でなく投資契約に起因する紛争であっても、IIA に基づく仲裁を利用できるのだろうか。以下、この問題が取り扱われた仲裁先例を整理し(A.)、抽出された論点に検討を加え(B.)、それを前提に、いかなる文言で一般的紛争処理条項を作成すべきかを検討する(C.)。

A. 仲裁先例の整理

1. 契約違反をも対象とする判断 文言重視

この条項が契約違反に関する紛争をも対象とするかどうかの問題について初めて判断を下したのは、おそらく、**RFCC c. Maroc 管轄権判断(2001)**¹⁵⁵である。イタリアーモロッコ BIT¹⁵⁶ 8 条は、以下のとおり、投資に関する「すべての紛争」につき、仲裁によ

¹⁵⁴ 日本が締結している投資保護協定の中では、以下のものが類似の規定を置いている。

エジプト (11 条) Agreement between Japan and the Arab Republic of Egypt concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, signed on 28 January 1977.
<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/Egypt_Japan.pdf>

スリランカ (11 条) Agreement between Japan and the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka Concerning the Promotion and Protection of Investment, signed on 1 March 1982, *UNTS*, vol. 1358, I-22945.

バングラデシュ (10 条) Agreement between Japan and the People's Republic of Bangladesh Concerning the Promotion and Protection of Investment, signed on 10 November 1998.
<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/bangladesh_japan.pdf>

ロシア (11 条) Agreement between the Government of Japan and the Government of the Russian Federation Concerning the Promotion and Protection of Investment, signed on
<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/Japan_Russia.tif> さらに、ロシアとの BIT には約束遵守条項も置かれている。

モンゴル (10 条) Agreement between Japan and Mongolia concerning the Promotion and Protection of Investment, signed on 15 February 2001.
<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/japan_mongolia.pdf>

パキスタン (10 条) Agreement between Japan and the Islamic Republic of Pakistan concerning the Promotion and Protection of Investment, signed on 10 March 1998.
<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/pakistan_japan.pdf>

¹⁵⁵ Consortium R.F.C.C. c. Maroc, ARB/00/6, *Décision sur la compétence*, le 16 juillet 2001.
<<http://icsid.worldbank.org/>> 事実関係について、前掲注 118 に対応する本文参照。

¹⁵⁶ Accord entre le gouvernement du Royaume du Maroc et le gouvernement de la République italienne relatif à la promotion et la protection réciproques des investissements, signé le 18 juillet 1990. イタリア

る処理を定めている。

“1. Tous les différends ou divergences, y compris les différends relatifs au montant de l'indemnisation à verser en cas d'expropriation, nationalisation ou mesures analogues, entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante concernant un investissement dudit investisseur sur le territoire de la première Partie contractante [...]”

“1. Tutte le controversie o divergenze insorte tra una Parte Contraente e gli investitori dell'altra, incluse quelle sull'importo ed il pagamento degli indennizzi in caso di espropriazione, nazionalizzazione o analoghe misure, in relazione ad un investimento di tale investitore sul territorio della prima Parte Contraente [...]”

仲裁廷(Robert Briner (Président), Bernardo Cremades, Ibrahim Fadlallah)は、文言に着目し、この文言は極めて広く、国有化等に言及されているからといって契約に起因する請求をこの条文の対象範囲から除外する理由はない、と述べた¹⁵⁷。ただし、本件において違反の対象となりうる契約は申立人とモロッコ高速道路国营会社(Société Nationale des Autoroutes du Maroc)とが締結したものであって¹⁵⁸、BIT 当事国(モロッコ)は本件契約の当事者ではなく、BIT 当事国は自らが当事者となっていない契約に関してまで BIT 8 条に基づいて BIT 仲裁廷の管轄権を受諾したとは考えられない、として、本件においては BIT 仲裁廷は管轄権を有さない、と判示した¹⁵⁹。Salini c. Maroc (2001)¹⁶⁰および Siemens v. Argentina (2007)¹⁶¹においても、同様の判断が示されている¹⁶²。

ア語正文は<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/italy_marocco_it.pdf>にて入手可。フランス語正文は、仲裁判断に引用されている限りで入手できる。

¹⁵⁷ R.F.C.C. c. Maroc, compétence, *supra* note 155, par. 67.

¹⁵⁸ *Ibid*, par. 2.

¹⁵⁹ *Ibid*, par. 68 ; R.F.C.C. c. Maroc, Sentence arbitrale, *supra* note 118, pp. 406-407, par. 29.

¹⁶⁰ Salini c. Maroc, ARB/00/4, Décision sur la compétence, le 23 juillet 2001, *Journal du droit international*, t. 129, 2002, p. 196 ; Emmanuel Gaillard, *Jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, p. 621. 該当部分は paras. 59-61. 事実関係は R.F.C.C. c. Maroc とほぼ同一であり、仲裁廷の構成も同一である。なお、前掲注 43 の Salini v. Jordan とは全く異なる事件であることに留意。

¹⁶¹ Siemens v. Argentina, *supra* note 85. ドイツ-アルゼンチン BIT (前掲注 87) 10 条によれば、BIT 仲裁廷の管轄が及ぶ紛争は、“Meinungsverschiedenheiten in bezug auf investitionen im Sinne dieses Vertrags zwischen einer der Vertragsparteien und einem Staatsangehörigen oder einer Gesellschaft der anderen Vertragspartei / [l]as controversias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un nacional o una sociedad de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones en el sentido del presente Tratado”である。

¹⁶² Impregilo v. Pakistan 判断は、一般的紛争処理条項が契約から生じた紛争をも対象とするか否かについて判断するまでもなく、当該事件において違反が主張されていた契約が被申立人(パキスタン)とは区別される法主体によって締結されていたことを理由に、管轄権を否定した(*supra* note 128, paras. 209-215)。結論的には R.F.C.C. c. Maroc および Salini c. Maroc と同じだが、一般的紛争処理条項の解釈は回避している。

さらに、Salini v. Jordan 判断では、イタリア-ヨルダン BIT 9 条に、一般的紛争処理条項たる 1 項に続いて、2 項に“In case the investor and an entity of the Contracting Parties have stipulated an investment Agreement, the procedure foreseen in such investment Agreement shall apply.”とあり、かつ、申立人がヨルダンの“entity”(ヨルダン谷機構。ダム建設に関する権限を有する)と締結した契約には当該契約に関する紛争はヨルダン裁判所で処理すると定められていることを理由に、1 項の一般的紛争処

SGS v. Philippines (2004)では、さらに詳細な理由付けを示した上で、一般的紛争処理条項が契約違反をも対象とすると結論づけている。理由として示されたのは、BIT 仲裁廷も国内法を適用できること、BIT に関する国家間紛争の処理を定める同 BIT 9 条が「この条約の解釈適用に関する紛争は」と限定していることとの文言上の差異、投資の促進・保護という条約目的、BIT 上の紛争に限定することを明示している他の BIT との差異などである¹⁶³。ただし、約束遵守条項違反についてと同様、仲裁廷はこの段階での受理可能性を否定している（詳細は後述(III)）。

なお、Vivendi 取消手続特別委員会決定(2002)¹⁶⁴も、フランスーアルゼンチン BIT¹⁶⁵に関して、ほぼ同様の判断を下した。特別委員会は、「文字通りに読めば」、仲裁廷が管轄権を持つためには BIT の違反が主張される必要はなく、紛争が BIT にいう投資に関連するものであればよい、と述べている¹⁶⁶。もっとも、この部分が本決定に必要であったかどうかは定かではなく、傍論とも言える。

このように、一般的紛争処理条項が契約違反をめぐる紛争も対象とするという仲裁判断は、当該紛争処理条項の文言を重視している。

2. 契約違反は含めない判断 条約の趣旨？

これに対し、一般的紛争処理条項は契約違反をめぐる紛争を対象としないとする判断は、文言を重視せず、条約の趣旨に力点を置いているように思われる。

約束遵守条項に関して先に引用した SGS v. Pakistan (2003)では、一般的紛争処理条項も問題となった。スイスーパキスタン BIT¹⁶⁷ 9 条は、

“[les] différends relatifs à des investissements entre une Partie Contractante et un investisseur de l'autre Partie Contractante”

“disputes with respect to investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party”

につき BIT 仲裁廷が管轄権を有すると定めている。仲裁廷は、この文言は紛争の主題を記述しているのみであって請求の法的基盤や訴訟原因に関するものではなく、純粋に契約上の請求もこの条文の対象になるということを文言から直ちに帰結することはできず、BIT 上の請求を含まない契約上の請求に関する限り本件契約 (PSI 協定) に含まれ

理条項の解釈如何に拘わらず、仲裁廷は管轄権を持たない、と判断された(*supra* note 42, paras. 100-101)。

¹⁶³ SGS v. Philippines, *supra* note 25, para. 132.

¹⁶⁴ *Supra* note 2.

¹⁶⁵ *Supra* note 2. 同 BIT の紛争処理条項 (8 条) が対象とする紛争は、“[t]out différend relatif aux investissements, au sens du présent accord, entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante / [t]oda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante”である。

¹⁶⁶ Vivendi v. Argentina, *supra* note 2, para. 55.

¹⁶⁷ *Supra* note 11.

た法廷選択条項は有効であって、純粹に契約上の請求を国際的仲裁に付すためには BIT ではなく当事者間の特別合意が必要だ、と判断した¹⁶⁸。

この立場をより明確に打ち出したのは、*LESI-Dipenta c. Algérie* (2005)¹⁶⁹(イタリア企業と締結したダム建設契約をアルジェリアが一方的に廃棄し、補償の形態や金額について生じた紛争)である。イタリアーアルジェリア BIT¹⁷⁰の仲裁条項が対象とする紛争は、8条に定められている(仏・伊・アラビア正文)。

“1. Tout différend relatif aux investissements entre l'un des Etats contractants et un investisseur de l'autre Etat contractant [...]"

“1. Ogni controversia relativa ad investimenti, tra uno degli Stati Contraenti ed un Investitore dell'altro State Contratente [...]"

仲裁廷(Pierre Tercier (Président), André Faurès, Emmanuel Gaillard)によれば、この条項は、あらゆる契約違反について BIT 上の仲裁に付託することに対する同意を示すものではなく、BIT 仲裁が成立するためには BIT の違反の有無が争われねばならない。同 BIT 4条 1項によれば、同 BIT による投資保護の一般的目的は、不当もしくは差別的な待遇から投資を保護することだからである。また、この結論は、同 BIT に約束遵守条項が含まれていないことから確認される¹⁷¹。

B. 論点 「文言の通常の意味」に基づく解釈

条約の文言に忠実な解釈を示すとすれば、「投資に関するあらゆる紛争」につき仲裁廷が管轄権を有するのであれば、その紛争が条約違反を争うものか契約違反を争うものかは関係がない、ということになる¹⁷²。とりわけ、スイスーフィリピン BIT のように、投資家と投資受入国との紛争に関しては“disputes with respect to investments”について、条約当事国間の紛争に関しては“[l]es différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation ou à l'application des dispositions du présent Accord”（「本協定の諸条項の解釈適用に関する協定当事国間の紛争」）¹⁷³について、それぞれ同 BIT が定める紛

¹⁶⁸ *SGS v. Pakistan*, *supra* note 9, para. 161.

¹⁶⁹ *LESI-Dipenta c. Algérie*, ARB/03/08, sentence, 10 janvier 2005, *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 19, 2004, p. 426.

¹⁷⁰ Accord bilatéral sur la promotion et la protection réciproques des investissements entre l'Algérie et l'Italie. イタリア語正文は< http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/italy_algeria_it.pdf>、フランス語正文は仲裁判断に引用されているものに拠る。

¹⁷¹ *LESI-Dipenta c. Algérie*, *supra* note 169, pp. 463-464, par. 25.

¹⁷² Stanimir A. Alexandrov, “Breaches of Contract and Breaches of Treaty”, *J. World Investment & Trade*, vol. 5, 2004, p. 555, pp. 573-576; Cristoph Schreuer, “Investment Treaty Arbitration and the Jurisdiction over Contract Claims- The Vivendi I Case Considered”, in Todd Weiler ed., *International Investment Law and Arbitration*, London, Cameron May, 2005, p. 281, p. 296; Leben, *supra* note 134, p. 707; Gaffney & Loftis, *supra* note 135, pp. 25-26.

¹⁷³ この条文に関しては英文が仲裁判断に引用されていないため、UNCTAD ウェブサイト（およびスイス外務省ウェブサイト）で入手できる仏文を引用した（前掲注 25）。

争処理手続が適用される、と定めている場合、いっそう明らかである。しかも、このような差異を設けている IIA は数多い。

したがって、ここでもまた、「文言の通常の意味」を否定する——すなわち、*SGS v. Pakistan* や *LESI-Dipenta c. Algérie* のような立場をとる——ためには、「文言の通常の意味」を覆すだけの説得的な根拠を示す必要がある。ところが、*SGS v. Pakistan* は、そのような根拠を示すことに成功していない。「紛争主題の記述」と「請求の法的基盤の摘示」が区別されているという仲裁廷の立場は論点先取以外の何物でもなく、その根拠は一切示されていない。*Tokios Tokelès v. Ukraine* 事件(2004)仲裁廷(Prosper Weil (President), Piero Bernardini, Daniel M. Price)は、この判断は文言にも当事国の意図にも根拠を置かない、と痛烈に批判している¹⁷⁴。

注目すべきは、*LESI-Dipenta c. Algérie* 事件の仲裁人の一人であり、同判断が述べた結論を従来から力説していた、Emmanuel Gaillard の所説である。Gaillard の立論の根拠は2つある。第一に、IIA 仲裁の主要な役割は条約違反の申立を審理することであり、純粋に契約上の紛争を IIA 仲裁が取り扱うことができるとするのは当事国意思に反する¹⁷⁵。とりわけ、約束遵守条項が存在しない場合は、一般的紛争処理条項が契約上の紛争を対象としない当事国の意思が明確である(約束遵守条項がある場合は、契約違反即 IIA 違反を主張することができるので、一般的紛争処理条項の役割を議論する必要がない)¹⁷⁶。第二に、条約の紛争処理条項と実体法規則とを切り離すと仲裁廷が真空状態で判断することとなり危険である¹⁷⁷。

しかし、いずれの主張も受け入れがたい。まず第一の主張について言えば、「この一般的紛争処理条項は契約違反を対象としない」という当事国意思を推定することはできず(文言の通常の意味はこの推定を否定する方向に作用する)、個別具体的な IIA ごとにそれを証明する必要があり、一般論としてそのような当事国意思があると主張することは不可能である。また、*RFCC c. Maroc* 事件で仲裁人を務めた Fadlallah が指摘するように、ICSID はそもそも投資契約違反をめぐる紛争を扱うものとして構想された仕組みであり、そこで契約違反に関する紛争が審理されることに何ら問題はない(ICSID 外の仲裁廷についても同じことが言える)¹⁷⁸。いずれにせよ、約束遵守条項は、それが契約違反を IIA

¹⁷⁴ *Tokios Tokelès v. Ukraine*, ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, *ICSID Rev. FILJ*, vol. 20, 2005, p. 205, p. 225, para. 52, n. 42. この事件では「投資家」の定義が問題となり、仲裁廷は、「BIT の文言または起草過程から明らかにならないことを BIT のために読み込むべきではない。いくつかの仲裁廷ではそうでないアプローチも取られるようだが」として、*SGS v. Pakistan* を批判している。なお、裁廷長の Prosper Weil は反対意見を付しているが、*SGS v. Pakistan* に関する仲裁廷の見解に対する批判は述べていない。

¹⁷⁵ Gaillard, *supra* note 152, p. 306. ほぼ同旨の主張として、Griebel, *supra* note 152, p. 13.

¹⁷⁶ Gaillard, *supra* note 160, p. 902.

¹⁷⁷ Emmanuel Gaillard, “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – the *SGS* Cases Considered”, in Todd Weiler ed., *International Investment Law and Arbitration*, London, Cameron May, 2005, p. 325, p. 336.

¹⁷⁸ Ibrahim Fadlallah, “La distinction treaty claims – contract claims et la compétence de l’arbitre CIRDI: faisons-nous fausse route?”, in Charles Leben, sous la direction de, *Le contentieux arbitral*

違反とする働きを持つ点で一般的紛争処理条項と機能を全く異にしており、約束遵守条項の欠如が一般的紛争処理条項を制約的に解釈するに結びつくとは当然には言えない。

第二の主張に対しては、契約に基づく紛争の準拠法は当事者指定の法なので「真空状態」ではない、と反論することができる。もっとも、この主張は、Jörn Griebel が力説するように、投資家は IIA が与える範囲内で国際法上の権利義務を持つのであって、IIA の実体規定と紛争処理規定とを切り離すことはできない¹⁷⁹、という趣旨と理解することもできる。しかし、Griebel がすぐに認めざるを得ないように、アメリカ合衆国の最近の BIT の如く明示的にこれを切り離す例もある。また、一般的紛争処理条項は、約束遵守条項と異なり、契約違反を BIT 違反とするものではなく、したがって、少なくとも実体法に関する限り、投資家に「国際法上の権利義務」を与えるものではない。

したがって、本稿筆者としては、RFCC c. Maroc の立場を支持する。また、おそらくは今後の仲裁判例の流れもこれに沿ったものになると思われる。この場合における仲裁廷による契約違反の審理について、注意すべき点を 4 つ挙げておきたい。

まず、上記スイス—フィリピン BIT は“disputes with respect to investments”と定めて「投資に関する」紛争に限定しているが、IIA の中にはこの限定がないものもある。たとえば、オーストラリア—チリ BIT(1996) ¹⁸⁰11 条は、“las diferencias que surjan entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante”（「当事国の一方と他の当事国の投資家との間に生じる紛争」）について、ICSID 等の仲裁を定めている。このように「投資に関する」という限定がない場合であっても、ICSID に仲裁を申し立てるのであれば、ICSID 条約¹⁸¹ 条 2 項から、「投資紛争」でなければ仲裁廷が管轄権を持たないことは言うまでもない。UNCITRAL 等その他の仲裁を提起する場合であっても、根拠が投資保護協定であってその前文等に「投資の保護促進」という目的が掲げられていることを考えると、投資に関する紛争のみに仲裁廷の管轄権は限定される。

次に、一般的紛争処理条項に基づいて契約上の紛争を扱う場合の準拠法は、契約当事者が指定する法（投資受入国国内法であることが多いが、もちろん、国際法でもあり得る）であって、IIA 仲裁廷が審理するから当然に国際法が準拠法となるということはない。一般的紛争処理条項は、契約違反に関する紛争を処理する機関として IIA 上の仲裁廷を利用できるようにするのみであって、紛争を国際法上の紛争に変質させるものではない。

また、RFCC c. Maroc 以来、一般的紛争処理条項は、投資受入国が当事者となって

transnational relatif à l'investissement, Paris, LGDJ, 2006, p. 205, p. 211.

¹⁷⁹ Griebel, *supra* note 152, p. 13.

¹⁸⁰ Acuerdo entre el Gobierno de Australia y el Gobierno de Republica de Chile para la promoción y protección recíprocas de las inversiones, hecho el 9 julio 1996.
<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/australia_chile_esp.pdf> 英・西正文。UNCTAD ウェブサイトで入手できる西文を引用した。

¹⁸¹ Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States, opened for signature on 18 March 1965, *UNTS*, vol. 575, 8359.

いる契約のみを対象とするのであり、国内法上国家とは区別される法人が締結する契約は対象としない、と考えられている。これは、IIA にいう「国家（投資受入国たる IIA 当事国）」の定義と国内法上の国家の定義とが一致する必然性はないことを考えると、当然には受け入れられない¹⁸²。一般的紛争処理条項は、たとえば、disputes with respect to investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party が IIA 仲裁により処理される、と定めるものであり、そこに言う Contracting Party は当該 IIA により定義されるものである¹⁸³。ある具体的紛争において、投資家と投資受入国法人（当該国内法上は国家と区別される法人）との間の契約違反が問題となる場合、当該法人が当該 IIA 上定義される「当事国」に含まれることが何らかの方法で証明できる場合は、当該契約も一般的紛争処理条項の対象となると考えられる。もちろん、当該 IIA 内に「当事国」の定義規定がない場合には、この証明は困難を極めるだろうが。

最後に、直前に述べたことから判るように、ここまで述べたことはあくまで一般論であり、個別の IIA 次第では異なる結論があり得る、ということ指摘しておかねばならない。たとえば、当該 IIA の起草過程から、一般的紛争処理条項が投資契約に基づく紛争を排除する趣旨で起草されたことが明確である場合には、別の結論もあり得る。もちろん、条約法条約 32 条（に反映された慣習法規則）を援用し得る場面であるかどうかを含め、個別の IIA ごとに判断されねばならない問題である。そこで、以下、一般的紛争処理条項のあり得る文言について検討を加える。

C. 対応策 IIA 規定の明確化

このように、一般的紛争処理条項についてはその解釈がぶれる可能性が高いため、予測可能性を高めるためには IIA 規定を厳密に定めておくことが考えられる。

契約上の請求を IIA 仲裁廷の管轄権から排除したい場合は、約束遵守条項を置かないことは当然として、その上で、

- ①紛争処理条項において、契約上の請求を排除するような「紛争」の定義を置く

¹⁸² RFCC c. Maroc 以来の判例を無批判に受け入れる学説として、Gaffney & Loftis, *supra* note 135, pp. 25-26.

Pierre-Marie Dupuy は、このような仲裁判例の立場にやや距離を置きつつも、たとえば *Impregilo v. Pakistan* においては、問題の契約がパキスタン法を準拠法としていることがそのような判断を招いた理由の一つだと考えている。Pierre-Marie Dupuy, “L’Etat et ses émanations dans le contentieux du droit international des investissements”, in *Völkerrecht als Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat*, Kehl, Engel, 2006, p. 297, p. 316. しかし、本文に述べる理由から、準拠法が投資受入国国内法であることは関係がない。

¹⁸³ たとえば、2004 年の米モデル BIT 1 条は、investment agreement に関する紛争を BIT 仲裁の対象としており、investment agreement は投資家と a national authority との間で締結される合意であって、national authority とは、米国に関しては an authority at the central level of government であって、central level of government とは、米国に関しては the federal level of government のことである、というように、念の入った定めを置いている。2004 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, *supra* note 78. 後掲の通り、この通りの協定がウルグアイ・シンガポール・韓国それぞれとの間に実際に締結されている。

あるいは

②一般的紛争処理条項に加えて、契約が法廷選択をしている場合はそれに従うという規定も置く

という対応が必要となる。

①の例は、たとえば日本・ブルネイ EPA (2007)¹⁸⁴ 67 条である。“Settlement of Investment Disputes between a Party and an Investor of the Other Party”と題する同条の 1 項は、

“For the purposes of this Chapter, an “investment dispute” is a dispute between a Party and an investor of the other Party that has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, an alleged breach of any obligation under this Chapter with respect to the investor and its investments.”

と定める¹⁸⁵。

②の例は、イタリアーヨルダン BIT¹⁸⁶である。同 BIT9 条 1 項～3 項は以下のとおり定める。

“1. Any disputes which may arise between one of the Contracting Parties and the investors of the other Contracting Party on investments, including disputes relating to the amount of compensation, shall be settled amicably, as far as possible.

¹⁸⁴ Agreement between Japan and Burnei Darussalam for an Economic Partnership, signed on 18 June 2007 <<http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/brunei/epa0706/agreement.pdf>>

¹⁸⁵ 日本が締結している経済連携協定においては、同様の規定が置かれている。

シンガポール (82 条) Agreement between Japan and the Republic of Singapore for a New-Age Economic Parthership, signed on 13 January 2002.

<<http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/singapore/jsepa-1.pdf>>

マレーシア (85 条) Agreement between the Government of Japan and the Government of Malaysia for an Economic Partnership, signed on 13 December 2005.

<<http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/malaysia/epa/content.pdf>>

タイ (106 条) Agreement between Japan and the Kingdom of Thailand for an Economic Partnership, signed on 3 April 2007. <<http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/thailand/epa0704/agreement.pdf>>

インドネシア (69 条) Agreement between Japan and the Republic of Indonesia for an Economic Partnership, signed on 20 August 2007.

<<http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/indonesia/epa0708/agreement.pdf>>

メキシコおよびチリとの EPA においても、やや書き方は異なるが、同内容の規定が置かれている。

メキシコ (76 条) Agreement between Japan and the United Mexican States for the Strengthening of the Economic Partnership, signed on 17 September 2004.

<<http://www.mofa.go.jp/region/latin/mexico/agreement/agreement.pdf>>

チリ (88 条) Agreement between Japan and the Republic of Chile for a Strategic Economic Parthership, signed on 27 March 2007.

<<http://www.mofa.go.jp/region/latin/chile/joint0703/agreement.pdf>>

また、投資保護協定においても、同様の規定を持つものがある。

韓国 (15 条) Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of Japan for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment, signed on 22 March 2002.

<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/korea_japan.pdf>

ヴェトナム (14 条) Agreement between Japan and the Socialist Republic of Viet Nam for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, signed on 14 November 2003.

<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/japan_vietnam.pdf>

¹⁸⁶ *Supra* note 44.

2. In case the investor and an entity of the Contracting Parties have stipulated an investment Agreement, the procedure foreseen in such investment Agreement shall apply.

3. In the event that such dispute cannot be settled amicably within six months from the date of the written application for settlement, the investor in question may submit at his choice the dispute for settlement to:

(a) the Contracting Party's court having territorial jurisdiction;

(b) to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (the Centre)”

この場合、もちろん、一般的紛争処理条項があっても IIA 仲裁廷は契約違反につき管轄権を持たない¹⁸⁷。

逆に、契約違反に関する紛争を IIA 仲裁廷の管轄権に含めたい場合、本稿筆者は日－トルコ BIT のような一般的紛争処理条項で十分だと考えるものの、アメリカ合衆国の最近の IIA のように、契約違反に関する紛争を IIA 仲裁の対象とすることを明示すれば、より確実ではある。2004 年の米モデル BIT¹⁸⁸が以下の規定を置いており、実際にも、ウルグアイとの BIT (2005)¹⁸⁹の 24 条およびシンガポールとの FTA (2003)¹⁹⁰の 15.15 条および韓国との FTA (2007、未批准)¹⁹¹の 11.16 条が以下のように定めている。

“1. In the event that a disputing party considers that an investment dispute cannot be settled by consultation and negotiation:

(a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim:

(i) that the respondent has breached

(A) an obligation under Section B,

(B) an investment authorization, or

(C) an investment agreement”

そして、この“investment agreement”について、詳細な定義規定を置いている¹⁹²。

III. 契約当事者による排他的法廷選択の効果

¹⁸⁷ Salini v. Jordan (jurisdiction), *supra* note 42, para. 101.

¹⁸⁸ 2004 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, *supra* note 78.

¹⁸⁹ Treaty Between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, signed on 4 November 2005.
<<http://tcc.export.gov/static/UruguayText.pdf>>

¹⁹⁰ United States – Singapore Free Trade Agreement, signed on 6 May 2003.
<http://tcc.export.gov/static/exp_007050.pdf>

¹⁹¹ Free Trade Agreement between the United States of America and the Republic of Korea, signed on 30 June 2007.
<http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Republic_of_Korea_FTA/Final_Text/Section_Index.html>

¹⁹² 前掲注 183。

ここまで見てきたように、約束遵守条項や一般的紛争処理条項が IIA に置かれている場合、契約違反に起因する紛争を直ちに IIA の定める仲裁手続に付すことができることがある。

ところで、投資家が、たとえば投資受入国と締結する契約において、IIA に基づく仲裁を提起する資格を放棄する¹⁹³場合、紛争発生後に IIA に基づく仲裁の申立をしても、一般論としては¹⁹⁴、仲裁廷の管轄権は成立しない¹⁹⁵（いわゆる Calvo 条項¹⁹⁶に関する議論との

¹⁹³ もちろん、放棄は有効になされねば無意味であり、たとえば投資受入国からの不当な圧力により放棄を余儀なくされるという場合には、当該放棄の有効性が争われ得る。このような放棄の有効性に関する問題は、IIA 仲裁廷の管轄権の問題であるので、IIA 仲裁廷がこれを審理することができる。有効性を判断するための準拠法は、IIA により与えられる資格の放棄を規律するものであるから、国際法である。

投資家が投資受入国に対して BIT を根拠に ICSID 仲裁を申し立てたところ、生じた投資紛争を処理するための協定（これ自体は投資受入国国内法を準拠法とするものと思われる）が既に締結されていることを理由に、投資受入国が請求の受理可能性を否定したのに対し、投資家が当該協定は強制によるもので無効だと主張した事案において、仲裁廷は、当該 BIT の公正衡平待遇義務に反する強制があったため当該協定は「国際的効果 international effect」を持たない、と判断した。Desert Line Projects v. Yemen, ARB/05/17, Award, 6 February 2008, para. 194. < <http://ita.law.uvic.ca/>> (Pierre Tercier (President), Jan Paulsson, Ahmed S. El-Kosheri) これは、IIA 仲裁提起資格の放棄が問題になった事案ではないが、IIA 仲裁廷における請求の受理可能性が当該 IIA に基づいて評価されている点で、参考になる。

なお、投資契約（国家契約）に基づく ICSID 仲裁において、投資受入国が、当該投資契約は投資受入国の前大統領に対する賄賂により締結されたものであるため法的効果を持たない、と主張した事件において、仲裁廷は、賄賂は大多数の国の（国際私法上の）国際公序あるいは transnational public policy およびイングランド法（契約に基づく仲裁廷が適用すべきと契約に定められている法）・ケニア法（契約の準拠法として契約に定められている法）上の public policy に反するため、当該投資契約に基づく請求を審理することはできない、と判断している。World Duty Free v. Kenya, ARB/00/7, Award, 4 October 2006, paras. 159, 179. < <http://ita.law.uvic.ca/>> (Gilbert Guillaume (President), Andrew Rogers, V.V. Veeder) ここでは、仲裁の根拠が投資契約であったため、国際法ではなく国際私法・transnational law・国内法に基づいて判断が下されている。

¹⁹⁴ IIA に、「投資家が、受入国との関係において、契約その他の手段により本 IIA に基づく仲裁提起の資格を放棄している場合であっても、当該投資家は本 IIA に基づく仲裁を利用することができる」と定めてあれば、放棄の有無に拘わらず、投資家の提訴により仲裁は成立する（ただし、本稿筆者の知る限り、そのような規定を含む IIA は存在しない）。

また、IIA の「趣旨および目的」を根拠に放棄の効果が否定される可能性を示唆する見解もある（“Contractual Claims, Courts, and Bilateral Investment Treaties”, comment by Alejandro Escobar, in Federico Ortino et al., *Investment Treaty Law: Current Issues, vol. I, London, British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 208, p. 211*）。より厳密に説明するならば、投資の establishment についても規制を及ぼす IIA について、投資受入国が投資家に対し仲裁提起資格の放棄を要求することが当該 IIA の何らかの条項（公正衡平待遇義務？）に違反すると評価し得る場合、当該放棄は当該 IIA に基く仲裁廷によっては考慮されない、という論理構造になる（前掲注 193 の Desert Line Projects 判断を参照）。ただし、仲裁提起資格の放棄が関連 IIA の何らかの条項に違反するという証明は、実際には困難を極めるだろう。

¹⁹⁵ Ole Spiermann, “Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties”, *Arbitration International*, vol. 20, 2004, pp. 179-211 ; Sophie Lemaire, “Treaty claims et contract claims: la compétence du CIRDI à l’épreuve de la dualité de l’État”, *Revue de l’arbitrage*, 2006, p. 353, p. 393.

SGS v. Philippines 判断は、条約は一定の公的な利益を達成するためのものであるため、条約により与えられた権利を契約により放棄することができるというのは「控えめに言って、疑問である」と述べている（*supra* note 25, para. 154）。しかし、条約が公的な利益を達成する目的を持つことは当然としても、そこから、投資家が自らの資格を放棄する能力を持たないとする結論がいかんにして導かれるのかは、明らかでない。

¹⁹⁶ Calvo 条項とは、国家契約に含まれる条項であり、一方当事者たる私人（投資企業）が当該契約に関

相違に注意)。この場合、約束遵守条項や一般的紛争処理条項が当該 IIA に置かれているとしても、IIA 仲裁廷は管轄権を持たないのである。では、契約において、放棄意思は明示されないものの、排他的な法廷選択がなされて投資受入国国内裁判所（あるいは投資受入国国内法に基づく仲裁）が指定される、という場合はどうだろうか¹⁹⁷。この場合、投資家は、契約における排他的法廷選択条項により、IIA 仲裁提訴資格を放棄することになるのだろうか。

約束遵守条項および／または一般的紛争処理条項に基づく申立による事件における契約による排他的法廷選択の効果について触れた仲裁判断例は、SGS v. Philippines のみである¹⁹⁸。約束遵守条項および／または一般的紛争処理条項に基づく申立について、管轄権を否定した先例の全ては契約における排他的法廷選択以外の根拠に基づいて判断を下しており¹⁹⁹、逆に、管轄権を肯定した先例の中では、契約における排他的法廷選択の問題に触れないものがほとんどであり²⁰⁰、わずかに SGS v. Philippines のみについて議論している。

SGS v. Philippines 事件において、SGS とフィリピンとの契約に含まれた法廷選択条項は、次の通りである。

“All actions concerning disputes in connection with the obligations of either party to this Agreement shall be filed at the Regional Trial Courts of Makati or

する紛争については本国の外交的保護を受ける権利を放棄する旨を定めるものである。これについては、一般に、外交的保護は国家の権利であるので私人がそれを放棄することはできず、Calvo 条項は国際法上無意味だ、と理解するのが一般的である。日本語による簡にして要を得た解説として、安藤仁介「テキサス北米浸漬会社事件」田畑茂二郎・太寿堂鼎編『ケースブック国際法〔新版〕』（有信堂、1987年）308-311頁。

¹⁹⁷ 前述の通り、契約により当事者が法廷を指定している場合にはそれに従う、と IIA が定めていれば、当然ながら、IIA 仲裁廷は管轄権を持たない。

¹⁹⁸ 1903年に締結された米ーベネズエラ議定書は、“[a]ll claims owned by citizens of the United States of America against the Republic of Venezuela [...] shall be examined and decided by a Mixed Commission [...] upon a basis of absolute equity, without regard to objections of a technical nature, or of the provisions of local legislation”と定めており(*R.I.A.A.*, vol. IX, p. 115)、これは本稿で検討している一般的紛争処理条項と同視することができる。鉄道建設をめぐる生じた Woodruff 事件において、混合委員会(両国委員の判断が割れたため、議定書1条の定めにより、単独審判人 Charles Augustinus Henri Barge (オランダ女王指名のオランダ人)が判断)は、米国人投資家とベネズエラとが締結した契約の中に、“[d]oubts and controversies which at any time might occur in virtue of the present agreement”についてはベネズエラ裁判所で処理するという規定が置かれていることを理由に、委員会において当該請求は検討できない(cannot be considered)と決定した(Woodruff, *R.I.A.A.*, vol. IX, p. 213, pp. 221-222)。この判断は SGS v. Philippines にも引用されている(*supra* note 25, para. 150)。しかし、単独審判人は国際法に言及しているものの、結局のところ判断基準は“upon a basis of absolute equity”であり、必ずしも先例として適切ではない。

¹⁹⁹ 前掲 I. A.3. および II. A.2.

²⁰⁰ *Eureko v. Poland* では、被申立人ポーランドが、契約の紛争処理条項がポーランド国内裁判所の排他的管轄権を定めていることを根拠に、申立人の主張は受理不能であると主張した(*supra* note 46, para. 81)。仲裁廷は、約束遵守条項を根拠に契約違反即条約違反とした判断過程において、契約の紛争処理条項の働きについて一切触れていない(*ibid*, paras. 244-260)。*Siemens v. Argentina* でも、アルゼンチンは同様の主張を行っている(*supra* note 85, para. 200)が、仲裁廷はその主張を一切検討していない(*ibid*, para. 204)。*Noble Ventures v. Romania* では、仲裁判断文を見る限り、被申立人は契約の紛争処理条項に基づく主張を行っていない(*supra* note 53, paras. 44-45)。

Manila.”²⁰¹

上述の通り、仲裁廷は、この条項にも拘わらず管轄権を認めつつ、その時点での受理可能性を否定した。仲裁廷は、約束遵守条項にせよ、一般的紛争処理条項にせよ、契約が定める紛争処理手続を覆す(override)ものではない、との基本的理解に立つ²⁰²。その上で、契約上の義務の範囲(scope)と実施(performance)とは区別され、義務の範囲について契約が指定する法廷(フィリピン国内裁判所)で判断が下されるまで、約束遵守条項に基づく請求も、一般的紛争処理条項に基づく請求も、条約に基づく仲裁手続において受理可能性を持たない、と述べる²⁰³。

この判断が前提とする、条約の定める紛争処理手続は契約の定める紛争処理手続を「覆す」ものではない、という立場は、仲裁判断文を読む限り、理解が困難である。この判断が、*Vivendi v. Argentina* 取消手続特別委員会決定に依拠して契約上の請求と条約上の請求とを峻別する立場を明確にしている²⁰⁴だけに、なおさらである。

この点における仲裁廷の立場は、*Crivellaro* 仲裁人の宣言と、多数を構成する仲裁人の一人である *Crawford* が後日著した研究から、推測することができる。すなわち、*Crivellaro* 仲裁人は、*SGS* とフィリピンとの *CISS* 契約が締結されて(1991年)から後にスイス-フィリピン *BIT* が発効している(1999年)ことに鑑み、「*BIT* が提供する紛争処理フォーラムの一つに提訴する権利(the right to refer)を *SGS* が不可逆的に放棄したということはありません」と述べて、受理可能性に関する部分について反対意見を展開している。また、*Crawford* は、*SGS v. Philippines* 事件において、契約における排他的法廷選択の問題が、約束遵守条項および一般的紛争処理条項との関係で生じた、と指摘し、「投資家が条約上の請求を仲裁に付す権利を契約により放棄できるかどうかという問いにかなる答えが与えられるにせよ、投資家が条約上の請求を条約の定める仲裁廷に付す権利(the right to arbitrate)を放棄できることには疑いの余地はない。契約における排他的管轄権条項は、まさに、その放棄をするために定められた条項である」²⁰⁶と主張する。すなわち、申立人は、*CISS* 契約に含まれる排他的法廷選択(フィリピン裁判所の選択)により、契約上の義務の範囲に関する限りスイス-フィリピン *BIT* に基づく仲裁提訴資格を放棄した、という立場が *SGS v. Philippines* 仲裁廷のものであると考えられる²⁰⁷。

たしかに、先述の通り、投資家は *IIA* 仲裁提起資格を放棄することができると考えられ、かつ、投資家による *IIA* 仲裁提起資格の放棄は明示になされねばならない理由はな

²⁰¹ Article 12, *CISS Agreement*, *quoted in SGS v. Philippines*, *supra* note 25, para. 137.

²⁰² *SGS v. Philippines*, *supra* note 25, paras. 123 (約束遵守条項), 141 (一般的紛争処理条項).

²⁰³ *Ibid*, para. 155.

²⁰⁴ *Ibid*, paras. 122, 158.

²⁰⁵ Declaration by Antonio Crivellaro, *SGS v. Philippines*, *supra* note 25, para. 2.

²⁰⁶ James Crawford, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Transnational Dispute Management*, Provisional Issue, Jan. 2008, p. 13.

²⁰⁷ もっとも、この説明からは、仲裁廷がこれを管轄権ではなく受理可能性の問題として扱った理由が不明である。*Crawford* は、少なくとも一般的紛争処理条項に関する論点については管轄権の問題と考えることもできる、と述べる。*Ibid*, p. 13.

いのであるから、契約に排他的法廷選択条項を置くことによって黙示に IIA 仲裁提起資格を放棄することには、理論的には何ら問題ない²⁰⁸。ただし、それが投資家にとって圧倒的に不利な規定であることはいうまでもない (SGS v. Philippines 事件のその後の展開がそれを明確に示している) ²⁰⁹。

もちろん、実践的には、契約 (排他的法廷選択条項) ごとにそれが黙示の IIA 仲裁提起資格放棄に該当するかどうかを判断せざるを得ず—SGS v. Philippines については、Crivellaro 仲裁人の反対意見 (上記) を参照されたい—、一般論を述べることは容易ではない²¹⁰。以下では、約束遵守条項および一般的紛争処理条項との関係において決定的に重要と思われる点、すなわち、契約が定める紛争処理条項の対象が当該契約上の紛争に限定されるか否か、に着目するにとどめて議論を進める²¹¹。

まず、契約が定める紛争処理条項の対象が契約上の紛争に限定されている場合である。Suez & Interaguas v. Argentina 事件 (2006)²¹² および Suez, Vivendi & AWG v.

²⁰⁸ この可能性を認める学説として、Jarrod Wong, “Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes”, *Geo.Mason L.Rev.*, vol. 14, 2006, p. 135, pp. 171-172.

²⁰⁹ I. に述べた通り、2004 年の管轄権決定で、CISS 協定違反の賠償額が同協定 12 条の定めるフィリピン国内裁判所 (すなわち、マカティあるいはマニラの地方裁判所) により決定されるまで、仲裁廷は手続を停止するとされた。ところが、その後 3 年を過ぎてもその判決は出されず、しびれを切らした仲裁廷は (“it was not the Tribunal’s intention to order a stay *sine die*”), 2007 年 4 月 9 日に、手続の進行について両当事者の意見を求めるために、フィリピン国内裁判所の判決を待たずに、仲裁手続の再開を決定した (SGS v. Philippines, Order for the Tribunal on Further Proceedings, 17 December 2007, para. 5 <<http://ita.law.uvic.ca/>>)。そして、フィリピン財務省の監査委員会が SGS への未支払額に関する報告書を 2005 年 11 月 30 日に提出し、フィリピン財務省はその報告書を批判していないことをもって、当事者間に賠償額に関する紛争はなくなったものと判断し、BIT に基づく判断 (すなわち、義務の performance に関する判断) を下すための手続を進めるべく決定した (*ibid.*, paras. 12, 23, 27)。これを受けて、両当事者は和解し、本件は合意により取り下げられた (“SGS: Agreement mit Regierung von Philippinen – SGS erhält 150 Mio CHF”, *Swissinfo*, 22.04.2008 <<http://www.swissinfo.ch/>> (last visited on 22 April 2008)。

²¹⁰ その意味で、「投資家が契約上の紛争処理条項に同意する場合、当該投資家は契約上の請求を ICSID 仲裁廷に提起する権利を放棄したことになるのである」とする Zeiler の見解はそのままで受け入れられない。See Gerold Zeiler, “Treaty v. Contract: What Is the Proper Venue for Investment Disputes?”, *Austrian Arbitration Yearbook*, 2007, p. 323, p. 342; see also McLachlan et al., *supra* note 134, p. 115.

²¹¹ 投資家と投資受入国との間の紛争について、関連する IIA が投資受入国国内裁判所の利用と ICSID 等の仲裁の利用とのいずれかの選択を認めている場合、投資受入国行政裁判所の排他的管轄権を定める契約を投資家が投資受入国と締結したことについて、そのような条項がなくても当該裁判所は当該契約につき管轄権を持つため、当該契約の締結により IIA 仲裁提起資格は奪われず、と判断した事例として、Lanco v. Argentina, ARB/97/6, Preliminary Decision on the Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, 8 December 1998, I.L.M., vol. 40, p. 457, para. 38 (Bernardo M. Cremades (President), Guillermo Aguilar Alvarez, Luiz Olavo Baptista); Salini c. Maroc, *supra* note 160, par. 27。これらは、いずれも IIA 仲裁提起資格の放棄について直接論じた判断ではないが、同じ議論が IIA 仲裁提起資格の放棄についても当てはまることは、Azurix 事件仲裁廷が認めるとおりである。Azurix v. Argentina, ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, 8 December 2003, para. 80. <<http://icsid.worldbank.org/>> (Andrés Rigo Sureda (President), Elihu Lauterpacht, Daniel H. Martins) (ただし、本件では、IIA 仲裁被申立人アルゼンチンは問題の契約の当事者ではないことを理由に、IIA 仲裁提起資格の放棄について実質的な議論はなされていない。) このようにより、契約の排他的法廷選択条項がどのようなものであれば IIA 仲裁提起資格の放棄が成立するかについては様々な論点があり得るものの、本稿では、ここで対象とする約束遵守条項および一般的紛争処理条項に特に関連する問題のみ取り扱う。

²¹² Suez & Interagua v. Argentina, ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, 16 May 2006. <<http://icsid.worldbank.org/>>

Argentina 事件(2006)²¹³ (アルゼンチン経済危機に起因するアルゼンチンの措置の合法性が争われた一連の事件に属し、収用の成立と公正衡平待遇義務違反が争われた²¹⁴) において、被申立人アルゼンチンは、申立人 Suez らが株式を保有するアルゼンチン企業 AASA との間に締結された上下水道民営化に関する契約がアルゼンチン行政裁判所の排他的管轄権を定めていることを根拠に、IIA 仲裁の管轄権を争った。仲裁廷(Jeswald W. Salacuse (President), Gabrielle Kaufmann-Kohler, Pedro Nikken)²¹⁵は、当該契約が、

“A los efectos de la interpretación y ejecución de este Contrato, las partes se someten a la jurisdicción exclusiva de los tribunales en lo contencioso administrativo federal de la Ciudad de Buenos Aires.”²¹⁶

「本契約の解釈適用に関する紛争については、両当事国は、ブエノスアイレス行政裁判所の排他的管轄権に服する。」

と定めていることに着目し、この規定はあくまで契約上の請求に関する排他的法廷選択条項であり、BIT に触れていないこの条項によって BIT に基づく仲裁提起資格をも放棄したと考えることはできない、と判断した²¹⁷。また、約束遵守条項に基づく管轄権を肯定し、契約違反が約束遵守条項違反をもたらすと判断した *Eureko v. Poland* 事件²¹⁸では、*Eureko* がポーランドと締結した契約には、(仲裁廷による引用は必ずしも明確ではないが) “contractual claims”については “exclusive jurisdiction resides in the competence of a Polish public court [...]”と定められていたようである。本件仲裁廷はこの排他的法廷選択条項の意義について一切判断していないが、いずれにせよ、この条項は、契約上の請求(contractual claims)に限定されているため、IIA 違反に関する紛争について IIA 仲裁提起資格を放棄するものと理解することはできない²¹⁹。

したがって、約束遵守条項との関連では、投資家による IIA 仲裁提起資格放棄と理解することはできない。既に述べたように、約束遵守条項がある場合、契約違反は条約違反を構成し、IIA 仲裁廷に提起されるのは、契約上の請求ではなく約束遵守条項違反=IIA 違反の問題である。他方、適用可能な IIA に約束遵守条項が置かれておらず、一般的紛争処理条項が定められている場合には、契約締結が IIA 発効以降になされたもの

²¹³ Suez, Vivendi & AWG v. Argentina, ARB/03/19, Decision on Jurisdiction, 3 August 2006. <<http://icsid.worldbank.org/>>

²¹⁴ 本稿で扱っている約束遵守条項あるいは一般的紛争処理条項が問題になった事例ではないが、契約における排他的法廷選択の効果を考える上で重要な事例である。

²¹⁵ これら二つの事件は、問題の上下水道事業がなされた場所は異なるものの、紛争の内容はほぼ同一であり、仲裁廷の構成および判断文もほぼ同一である。

²¹⁶ Suez, Vivendi & AWG v. Argentina, *supra* note 213, p. 39, n. 27. See also Suez & Interagua v. Argentina, *supra* note 212, p. 41, n. 26.

²¹⁷ Suez, Vivendi & AWG v. Argentina, *supra* note 213, para. 45 ; Suez & Interagua v. Argentina, *supra* note 212, para. 45.

²¹⁸ *Supra* note 46.

²¹⁹ 一般に、「契約の定める排他的法廷選択条項は、条約違反に関する IIA 仲裁廷の管轄権に影響を与えない」と言われる(例、Schreuer, *supra* note 172, p. 293) のは、当該契約の排他的法廷選択条項が契約上の請求のみを対象としている場合を念頭に置いているものと推測される。

であれば、IIA 仲裁提起資格の放棄を構成する（一般的紛争処理条項に基づいて IIA 仲裁廷が契約上の紛争を扱う場合、それはあくまで契約上の紛争だからである）。IIA 発効以前に締結された契約にこの種の排他的法廷選択条項がある場合は、契約締結過程の事情などから「将来締結されるであろう IIA により与えられることになるであろう仲裁提起資格を前もって放棄しておく」という投資家の意思が証明されない限り——この証明は実際にはほとんど不可能だろう——、IIA 仲裁提起資格の放棄を構成しない²²⁰。

つぎに、契約が定める紛争処理条項の対象が契約上の紛争に限定されていない場合である。上に引用した SGS とフィリピンとの CISS 契約の法廷選択条項は、“the obligations of either party to this Agreement”となっており、“the obligations of either party under this Agreement”ではないので、両当事者間に生じたあらゆる紛争（すなわち、条約上の紛争を含む）に関する専属管轄をフィリピン裁判所に認める規定だと解釈することも不可能ではない。この場合は、条約上の紛争についても IIA 仲裁提起資格を放棄した、と理解され得ることになる。ただし、この場合も、契約と IIA 発効との前後関係については前段落に述べたところと同様の考慮が必要である。

おわりに

契約と条約との絡み合いに由来する問題は、かつて主流であった国家契約（あるいはコンセッション契約）に基づく投資紛争仲裁と、現在圧倒的多数を占める条約に基づく仲裁（いわゆる “arbitration without privity / arbitrage unilatéral”）との絡み合いでもあり、理論的に極めて興味深い問題を提示してくれる。

とはいえ、本稿における検討から、企業（私人たる法人）の国際法主体性や、主権者としての国家・承認としての国家など、「そもそも論」あるいは論者の根本的な国際法観に基づいて具体的問題について判断を下すことは、極めて問題であることが明らかとなった。まさに ICSID はそのような「そもそも論」を回避するために設置された機関であることを考えれば、当然の結論と言えるかもしれない。

問題解決の手がかりは、具体的事案において関連し得る条約および契約の関連条項の規定ぶりにある。紛争処理の際には、それら条約・契約の文言がどのようになっているかを精密に検討する必要があり、また、条約交渉の際には、将来発生するであろう紛争の具体的な姿を念頭に、慎重に文言を選択することが期待される。

²²⁰ See Declaration by Antonio Crivellaro, *supra* note 205.