



RIETI Discussion Paper Series 08-J-032

投資紛争における行為の国家への帰属

—地方公共団体・公団等による外国投資侵害行為について国家が責任を負う条件—

西村 弓
上智大学



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/>

投資紛争における行為の国家への帰属*

——地方公共団体・公団等による外国投資侵害行為について国家が責任を負う条件——

西村 弓**

2008年10月

要旨

投資紛争においては、投資受入国内で行われた、外国投資家を侵害すると主張される行為が、受入国の行為と評価されうるかが1つの争点となる。投資協定違反を行い、当該違反についての国際法上の責任を負うのは、協定の当事者である締約国である。しかし、国家は抽象的存在であり、違反と主張される具体的な行為を行うのは種々の機関や団体・個人であるため、それらのうちいずれの行為を国家の行為とみなすことができるかについては、一定の基準が必要とされるからである。たとえば、地方政府・国営企業・国家から業務委託を受けた民間団体等による作為・不作為が投資家を侵害する際、これら侵害行為がいかなる場合に国家による投資協定違反と評価されるかが問題となる。本稿は、投資紛争において投資家を侵害すると主張される行為がいかなる条件で国家に帰属すると評価されるのかについて検討するものである。

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

** 上智大学法学部教授

I. はじめに——問題の所在

投資紛争においては、投資受入国が外国人投資家および投資財産の取扱いに関連して投資保護協定に違反したか否かが問われ、違反が確定すれば責任が追及される。投資受入国の責任の有無を判断するに際して、仲裁廷は、しばしば、国連国際法委員会（International Law Commission；以下、「国際法委員会」）が、2001年に採択した「国際違法行為に対する国家の責任に関する国際法委員会条文草案（The International Law Commission's Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts）（以下、「国家責任条文草案」）」¹に依拠して国際法上の国家責任法を適用し、結論を導いている。

国家責任条文草案が規定する国家責任法制度の基本的枠組みは以下の通りである。いずれかの国家に帰属する国際法義務違反は国際違法行為であって（2条）、違法性阻却事由が存在しない限り、当該国の国家責任を生ずる（1条）。このようにして国家責任が確定すると、違反国には違法行為が継続していればこれを中止し、加えて必要な場合には再発防止の保証を行う義務が生じる（30条）。他方、被害国には原状回復や金銭賠償、陳謝などのサティスファクションからなる救済（reparation）を違反国に求め（31条）、これに違反国が応じなければ責任の履行を強制するために一定限度で対抗措置（countermeasures）をとる権利が与えられることになる（49条）。

しかしながら、第1に、国家責任条文草案は、条約として締結されたものではなく、国連総会決議の付属文書として採択されたに過ぎないため²、それじたいでは法的拘束力を有せず、慣習法を体現する場合に限って法規範性を認められることには注意が必要である³。判例・学説によって慣習法を示すものとして受け入れられつつある部分も存在する一方で、その実定性に疑問が呈されている規定も存在することを忘れてはならない。第2に、仮に慣習法化している規定であったとしても、国家責任条文草案が定める規則を投資紛争について何らの検討もなしにそのまま適用

¹ *Resolution of the United Nations General Assembly on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (adopted on 12 December 2001), A/RES/56/83. コメンタリーは *Report of the International Law Commission 2001*, A/56/10 に掲載されている。また、条文・コメンタリーの双方について、J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introductions, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002 にも解説を付してまとめられている。なお、条文草案採択以前に行われた仲裁においては、国際法委員会が 1996 年に暫定採択した「国際違法行為に対する国家の責任に関する第一読暫定草案（以下、「第一読草案」）」(*Draft Articles Adopted on First Reading*, A/CN.4/L.528/Add.2) が参照されることも多い。

² A/RES/56/83. この総会決議は、国家責任条文草案に留意し（takes note）、将来的に条文を条約として採択会議にかけるかあるいはその他の適切な措置をとるに関わらず（without prejudice to）、加盟国政府が条文に注目するよう推奨する（commends them to the attention of Governments）。総会は、2004年及び2007年に条文の扱いを再考したが、いずれにおいても判断を先延ばしとする決定がなされている。

³ 当事国間に限って権利義務を創設する条約であればともかく、国家責任原則の確認という位置づけを与えられる文書を作成するのであれば、本来ならばより従来の慣習法や実行との整合性が慎重に検討されるべきとも考えられる。しかしながら、条文草案作成過程においては、最終段階まで採択文書の法的地位の決定が先延ばしにされたという事情も手伝って、そうした問題意識は比較的薄かった。このことを批判的に検討するものとして、D.D. Caron, "The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority," *American Journal of International Law*, vol.96, 2002, pp.857-873.

しうるかについても考慮が必要である。国家責任条文草案は、国家間における責任追及を念頭において作成されている。対して、投資紛争仲裁が投資受入国と投資家の間で争われることに照らせば、投資紛争において国家責任法をそのままのかたちで無条件に適用しうるのかという点も問題となる。たとえば、仮に仲裁判断を経て違法性が確定した案件について受入国が賠償を支払わない場合に、投資家が対抗措置をとることは想定しえない。あるいは、違法性阻却事由として緊急避難（necessity）の存在を援用する際、その正当化条件として比較考量する利益をどのように特定すべきかをめぐっても議論はありうる。

このように責任条文草案中の各規定の慣習法性や投資紛争への適用の妥当性をめぐっては種々の議論がありうるなか、投資紛争仲裁によって頻繁に依拠される責任規則がある。行為の国家への帰属性に関する規則群である。投資紛争においては、投資受入国内で行われた、外国投資家を侵害すると主張される行為が、受入国の行為と評価されうるかが1つの争点となる。投資協定違反を行い、当該違反についての国際法上の責任を負うのは、協定の当事者である締約国である。しかし、国家は抽象的存在であり、違反と主張される具体的な行為を行うのは種々の機関や団体・個人であるため、それらのうちいずれの行為を国家の行為とみなすことができるかについては、一定の基準が必要とされるのである。たとえば、地方政府・国営企業・公社・国家から業務委託を受けた民間団体等による作為・不作為が投資家を侵害する際、これら侵害行為がいかなる場合に国家による投資協定違反と評価されるかが問題となる。日本との関係でいえば、都道府県・市町村・一部事務組合等の自治体、独立行政法人、公団、さらにはPFI（Private Finance Initiative）事業を行う運営事業者といった行為体が外国投資家に対して侵害行為を行い、あるいは投資家との間に締結した契約に反する行為を行った場合に、投資保護条約を通じて日本国がその責任を問われるか、という問題である。我が国ではまだ具体的な紛争は生じていないが、組織上、正規の国家機関としては位置づけられない団体や個人——以下、本稿では、これらを「非国家主体（non-State entity）」と総称する——が行った行為がいかなる範囲で国家の行為とみなされ、当該国の国家責任を生ずるかは、諸外国が関わる投資紛争の諸事案においてしばしば問題となってきた。

違法行為に関連して違反国と被害国のそれぞれに生ずる権利義務関係を規律する国家責任法であるが、帰属規則は違法行為を行った違反国を同定するための基準である。投資紛争においては、投資家本国と投資家のいずれの権利が問題となっているのかが問われることがあり得るし、その理解次第では上記の例のように国家責任法適用の妥当性が場合によっては問題となりうる。しかし、帰属規則については、違反国の同定にかかる基準であることから、投資紛争における被害主体をどのように理解するかという問題とは関係なく援用されてきていると考えられる⁴。

⁴ 国際法委員会の国家責任論は、実体規則としては違法行為確定の条件（義務違反、帰属性、阻却事由）及び国家責任を負う違反国に課される義務（違法行為の中止、再発防止の保証、救済提供）を中心として構成されており、被害国側の問題は責任追及の手続的権利として位置づけられる。こうした構成をとることによって、権利侵害を受けた者が誰であれあらゆる国際義務違反について国家責任が発生すると理解され、たとえば人権侵害などに対する責任法適用の是非については責任追及をなしうる国の範囲の問題として議論がなされることになる。私人を一方当事者とする投資紛争に対しても、責任法の適用が当然のようになされていることは、こうした国家責任条文草案の構成を一因とする。実際

国家責任条文草案は、第 2 章において、国際法上、国家の機関と評価される者の行為、及び国家の指示・命令下にある者の行為が国家に帰属するという一般的な原則のもと、行為の国家への帰属規則についての詳細を定めている⁵。

より具体的には、第 1 に、ある国の組織上、正規の国家機関と位置づけられる機関が行うあらゆる行為は当該国に帰属する（第 4 条）⁶。

第 2 に、組織上は正規の国家機関ではないものの、当該国の法令上、統治権能の一部を行使する権限を付与された者の行為は、その資格で行動していた場合に限り国家に帰属する（第 5 条）⁷。第 4 条によって正規の国家機関とされるものの行為は一切が国家の行為とみなされるが、第 5 条が規定するある分野についての統治権能を与えられることによって国家機関にひきつけて評価される者の行為は、法令上の根拠に基づきその資格で行われた行為についてのみ国家の行為と評価されるという相違があることになる。

第 3 に、国家の指示（instructions）に基づき、または国による指揮・命令（direction or control）のもとで実施された行為は国家に帰属する（第 8 条）⁸。上にみた第 5 条が、当該国の国内法令によって正規の国家機関以外の団体に一定の権限行使が認められる場合に対応しようとしているのに対して、第 8 条が想定するのは、特定の権限行使を法的には認められていない団体・個人に対して、国家が指示や命令を与えることを通じて現実のコントロールを及ぼす場合である。第 5 条が想定する場合には、与えられた権限の範囲内で行われた行為であれば、当該行為に対する国家による具体的コントロールの存在は帰属の認定に際して不要である（同様に、正規の国家機関であれば、たとえば州政府に対して連邦政府がコントロール権をもたないとしても、州政府の行為は国家の行為とみなされる）のに対して、第 8 条の場合には、行為主体の個々の具体的な行為に対して国家が指示・指揮・命令等によって現実にコントロールを及ぼしていることが求められる⁹。換言すれば、第 4 条および第 5 条は、国際違法行為との関係でいずれの主体が（全体として、あるいは特定の権限に関連して）国家として行為しているとみなされるかに関する基準であり、他方で第 8 条は、国家とは評価されない私的な主体が行う行為がいずれの場合に国家に帰属するかに関する基準である。

に、欧州人権裁判所や規約人権委員会は、人権侵害の有無について認定するにあたって国家責任法上の帰属規則を適用している。この点については、H. Dipla, *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme: Problèmes d'imputation*, Pedone, 1994.

⁵ Commentary to Chapter II, *supra* n.1, para.2. なお、国家責任条文草案における帰属基準について論ずる最近の論考として、兼原敦子「行為帰属論の展開にみる国家責任法の動向」『立教法学』74 号、2007 年、1-41 頁。

⁶ 第一読草案においては、第 5 条（国家機関の行為が国家に帰属することについての原則的規定）、第 6 条（国内における機能上の区別や上位・下位機関の別が無関係である旨の規定）、第 7 条 1 項（地方政府の行為も国家に帰属することを定める規定）に分割して定められていたが、最終草案では第 4 条にまとめられた。

⁷ 第一読草案においては、第 7 条 2 項。

⁸ 第一読草案においては、第 8 条(a)。

⁹ したがって、第 4 条および第 5 条が想定する類型の帰属基準においては、たとえ問題となる具体的な行為が権限踰越（*ultra vires*）になされた場合であっても、行為者が「その資格で」行動している限りは国家が責任を負うことは否定されない。他方で、第 8 条は具体的な行為についての指示を根拠とする帰属基準であるから、権限踰越はそもそも問題となりえない。

他に、革命時などの正規の機関が存在しないもしくは機能しないような例外的状況に関する規定（第9条）、反乱団体の行為に関する規定（第10条）等も存在するが、投資紛争にもっぱら関連するのは通常、上記の3つの帰属基準であろう。それぞれの類型について、国際法委員会が示した帰属基準は慣習法規則を反映したものと評価しうるだろうか。帰属規則の投資紛争への適用の実態はどのようなものであり、そこには何らかの問題点がありうるだろうか。その整理が本稿の第1の課題である（II）。また、関連する仲裁判断を概観すると、国家間の責任紛争において帰属を判断するに際しては通常議論されない、問題とされる行為の性質——公権力の行使にあたるか、商業的行為か——が投資紛争においては争点となることがあること、また、「帰属」の有無の判断という表現を用いつつ、厳密な意味での帰属判断とは異なる問題が扱われていることがあることが浮かび上がってくる。そこで、IIIにおいては、投資紛争仲裁における帰属基準の位置づけについて改めて検討を加える。本論でみるように、仲裁判断においては、「帰属」規則と称される基準がさまざま異なる文脈において援用されることがあり、混沌とした状況にある。これらを整理し、非国家主体の行為がいずれの条件で国家に帰属し、投資協定違反に帰結するかを分析しておくことは、投資保護協定を締結する前提として重要である。また、帰属の要件に対しては一般国際法上の規則を離れた特別規則を設けることも可能であるが、その必要性の有無を判断するためにも、まずは一般国際法上の帰属基準を知ることが必要であろう。

II. 行為の国家への帰属基準

1. 帰属基準①：国家機関の行為

(1) 法律上の（*de jure* の）国家機関の行為

国家責任条文草案第4条は、国家機関の行為の国家への帰属について、以下のように規定する。

Article 4 Conduct of organs of a State

1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of the State.
2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.

同条は、国の組織序列の中でいかなる地位を占めるものであるか、または中央の機関であるか、地域的単位の機関であるかを問わず、国の組織上、正規の国家機関と位置づけられる機関の行為は国家の行為と評価されることを定める。非国家主体の行為が、国家との間にいかなる関係性を有するかによって当該国家に帰属するか否かが判断される後述の問題とは異なって、組織上の正規の国家機関の行為は、それら機関がそもそも国家そのものであることから国家の行為として評価されるのである。ジェノサイド条約適用事件における国際司法裁判所（International Court of

Justice : 以下「ICJ」) の判決によれば、条文草案第4条は慣習法規則を示すものである¹⁰。

投資紛争との関連では、外国投資を誘致した地方政府が誘致後に行う作為・不作為が投資家を侵害する際、これら侵害行為が国家による投資協定違反と評価されるかという観点から問題となることが多い¹¹。この点、第4条に付された国際法委員会によるコメントリーによれば、地方政府の行為について国家が国際的に責任を負うことは古くから確立した慣習法上の規則である¹²。ICJのELSI事件判決においては、パレルモ市長による米企業に対する徴用命令が米国＝イタリア間の通商条約の違反を構成することを前提とした議論が両国によって展開されており、また、LaGrand事件判決においては、アリゾナ州知事がICJによる仮保全措置命令に反して死刑執行を停止するためにあらゆる努力を払わなかったことについて、合衆国が義務違反をしたことが認定されている¹³。投資仲裁においても、州等の地方政府の行為が国家に帰属することがたびたび確認されている¹⁴。

(2) 履行確保義務規定の位置づけ

このように、第4条が体现する慣習規則の適用は、現状では投資紛争において余り問題を生じていない。もっとも、第4条は、当事国が合意する特別規則によって別異の帰属規則を定めることまで禁ずるものではない。国家責任条文草案第55条は、ある事案に固有の特別規則が存在する限りにおいて条文規定は適用されない旨を定めるが、そのコメントリーは、「ある条約が国家に義務を課すにあたって、第2章の帰属規則から導かれるところとは異なる結果をもたらすかたちで『国家』を定義づけることがありうる」と例示している¹⁵。第4条の帰属規則について特別規則が設定されうることについては、第4条に付されたコメントリーじたいも、「条約中の連邦条項によって連邦政府の責任が限定される可能性は存在する。これは、当該条約の当事国間において条約がカ

¹⁰ *Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, para.385.

¹¹ 他に第4条が想定する類型の帰属が争点となった例としては、石油大臣の行為が国家に帰属するとした *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic* (Preliminary Award of 27 December 1975), *International Law Reports*, vol.53, 1977, para.23; 財務大臣の行為が国家に帰属するとした *Eureko B.V. v. Republic of Poland* (19 August 2005), para.129; 司法府の行為が国家に帰属するとした *Azinian v. Mexico* (1 November 1999), paras.97-103; 民営化局の行為が国家に帰属するとした *Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. and Agurdino-Chimia JSC v. Republic of Moldova*, SCC, (22 September 2005), para.2.2.2 などがある。立法・司法・行政機関の区別に関わらず、国家機関の行為は国家責任を生ずるのである。 *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, Case No. ARB/01/8, (Decision on Jurisdiction, 17 July 2003), para.108.

¹² Commentary to Article 4, *supra* n.1, paras.8-10.

¹³ *Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (United States of America v. Italy), *I.C.J. Reports* 1989, pp.15-82; *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations* (Germany v. United States of America), *I.C.J. Reports* 2001, pp.507-508, paras.113 and 115.

¹⁴ たとえば、Tucuman 州の行為がアルゼンチンに帰属することを認定した *Compania de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*, ICSID Case No.ARB/97/3 (November 21, 2000); Buenos Aires 州の行為がアルゼンチンに帰属することを認めた *Azurix v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12 (14 July 2006), para.50; Vilnius 市の行為がリトアニアに帰属することを認めた *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No.ARB/05/8 (11 September 2007), para.258; キエフ市職員の行為がウクライナに帰属するとして *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No.ARB/00/9 (16 September 2003), paras.10.1-10.7.

¹⁵ Commentary to Article 55, *supra* n.1, para.3.

バーする事項に限って妥当する一般規則に対する例外を構成する。このことは、第55条に規定する特別法原則によって認められる」として想定し、その具体例として世界遺産条約を挙げている¹⁶。

この点、投資保護協定の中には、「中央政府は地方政府が協定上の義務を遵守することを確保(ensure)するため、策定可能な合理的措置をとらなければならない」旨の規定(いわゆる「履行確保義務規定」)を設けているものがあるが¹⁷、こうした規定が存在する協定においては、中央政府が地方政府の履行を確保するよう努力していれば足り、地方政府が条約上の義務を履行しなくとも、国家は協定上の義務違反を問われないという特別規則を定めたものかが問題となりうる。

上記の第4条及び第55条のコメンタリーが意味するところは、国家責任条文と異なる規則を定める条約が国家責任条文の規則を排除するのか、それら規則の適用は前提としたうえで付加的な事柄を定めたものなのかについては、当該条約の解釈問題であるということである。すなわち、「履行確保義務規定」が、条文草案第4条が示す帰属規則を排除する趣旨であると解釈されうるかが問題となる。この点について、どう考えればよいだろうか。参考にしうるものとしては以下のような例が存在する。

第1に、上記の第4条コメンタリーで連邦政府の国家責任を限定する趣旨の規定として引用されている世界遺産条約は、連邦制をとる国家について、中央政府の立法権の下で実施される条約規定については、連邦政府の義務は通常の締約国の義務と同一であるとする一方で(第34条(a))、州等の地方政府の立法権の下で実施される条約規定であり、かつ、憲法上、州が立法措置をとることを義務づけられていないものについては、連邦政府は、州の権限ある機関に対し、措置採択についての勧告を付してその規定を通報することとしている(同(b))。州等の地方政府の権限内の事項については、中央政府は当該条約規定を地方政府に知らせて勧告をする義務を負うという(b)の規定ぶりだけを見れば、地方政府の履行懈怠についての中央政府の責任を排除する趣旨か、あるいは地方政府の行為が中央政府に帰属することは当然としたうえで付加的に中央政府の義務を規定したものか、は文言上必ずしも明らかではないが、(a)と併せ読むと、(b)に該当する場合には中央政府の義務の範囲が制限されていると解釈できる。このように、条約じたいが帰属規則の特例を設けていると解釈されることから、コメンタリーは特別規則の例として同条約を挙げるのである。

第2に、エネルギー憲章条約は、「締約国は、この条約に基づき、この条約のすべての規定を遵守する完全な責任を有しており、また、自国の地域内の地域及び地方の政府及び機関によるその遵守を確保するために利用することができる妥当な措置をとる」と規定し(第23条1項)、「…紛争解決に関する規定は、締約国の地域内の地域又は地方の政府又は機関がとった措置であって当該締約国によるこの条約の遵守に影響を及ぼすものについて適用する」旨を定める(同2項)。

第23条1項の後段は「履行確保義務規定」と同様の書きぶりになっているが、冒頭で締約国が遵守について責任を負うことが確認されており¹⁸、また、同2項では地方政府による措置に起因する

¹⁶ Commentary to Article 4, *supra* n.1, para.10.

¹⁷ 日本が締結している協定について言えば、日カンボジア投資協定第25条、日越投資協定第22条1項、日韓投資協定第22条1項など。

¹⁸ このことから、同条は国家責任法上の帰属規則を確認したに過ぎないと指摘するものには、R. Dolzer and C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p.197.

紛争について条約上の紛争解決手続に依拠しうることも確認されている。さらに、第22条において、国営企業（1項）や規制当局（3項）といった国家じたいとは独立の法人格を持つ主体の行為について、一定の場合に国家が責任を負うとしていることを前提とすると、組織上は国家機関である地方政府の行為に国家が責任を負わないと解することはこれらとの対比において不合理であり、同条約は地方政府による行為が国家に帰属することを否定する趣旨ではないことが指摘されている¹⁹。

第3に、NAFTA 第105条は、「締約国は、協定上に別異の定めがある場合を除いて、州及び地方政府による遵守を含め、この協定の規定を実施するためのあらゆる必要な措置がとられるように確保する義務を負う」として、地方政府が条約遵守について必要なあらゆる措置をとるように確保する締約国の責任を定めている。この規定は、日本が締結した投資保護協定のいくつかに入れている「策定可能な合理的措置（such reasonable measures as may be available to it）」といった規定ぶりの「履行確保義務規定」に比べれば、地方政府が協定を遵守するようにあらゆる必要な措置をとるように締約国が確保しなければならないとして、締約国として負うべき義務の内容は厳格になっており、その意味では当該確保義務違反について責任を問うことと、地方政府の行為を国家に帰属させることの間、実際上の相違は余り生じないかも知れない。ただし、規定の構造としては、締約国に地方政府による条約遵守を確保する責任を負わせる点において、「履行確保義務規定」と同様の仕組みを採用しているにも関わらず、NAFTAのもとでの紛争においては、地方政府の行為は国家に帰属することが国家責任条文草案第4条を引いて仲裁廷によって確認されており²⁰、類似の事件において当事国もその点については争っていない²¹。

以上から、第1に、条約の規定ぶりによっては、地方政府の一定の行為が国家に帰属することを否定することは可能だが、その場合は条約規定がその旨を明確にしている（世界遺産条約）。第2に、「履行確保義務規定」が存在したとしても、全体の文脈上、当該規定が国家の責任を排除する趣旨とは解されない場合がある（エネルギー憲章条約）。第3に、確保義務の内容上、帰属規則の排除の有無が実際上の相違を余り生じないケースであるという特殊性はあるものの、帰属を排除する趣旨を明確にしないままに「履行確保義務規定」が入れられている場合において、

¹⁹ T.W. Wälde and P.K. Wouters, “State Responsibility in a Liberalised World Economy: ‘State, Privileged and Subnational Authorities’ under the 1994 Energy Charter Treaty,” *Netherlands Yearbook of International Law*, vol.27, 1996, p.163. ただし、仲裁手続について定める同条約第26条は、地方政府がとった措置に関する紛争については、締約国は他の救済に代えて金銭賠償を支払うことができる旨を定めている（8項）。したがって、締約国は原状回復等を行わずに金銭の支払いによって紛争を処理することが認められている。このことから、同条約が、一般国際法上の国家責任法と同様に地方政府の行為について国家への帰属を根拠に締約国が責任を負うとしたうえで、救済について特別規則を設けたのか、それとも帰属について特別規則を設けて地方政府の行為は締約国に帰属しないとしつつ、他方で締約国は地方政府の行為の結果生ずる損害について一次規範上の賠償義務（liability）を負うと解しているのか明らかでないという疑問が生ずる。上記論文も締約国が責任を負う根拠について、箇所によって帰属ゆえと解したり結果責任に基づかせたりしており、一定しない。もっとも、いずれの考え方に則るにせよ、地方政府が行った行為がもたらした損害について締約国が金銭賠償を負うことには変わりがない。

²⁰ *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID Case No.ARB(AF)/97/1 (NAFTA), (30 August 2000), para.73.

²¹ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No.ARB(AF)/99/2 (NAFTA), (11 October 2002), para.67; *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., v. United States*, UNCITRAL (NAFTA), (Decision on Jurisdiction, 20 July 2006), para.1.

帰属規則が排除されないことが当事国や仲裁廷によって認められている (NAFTA) ことがわかる。

したがって、「履行確保義務規定」が存在することのみによって直ちに地方政府の行為の国家への帰属が排除されるとは必ずしも解釈されず、当該規定は一般国際法上の帰属規則を排除する趣旨ではなく、付加的に義務を課したものと理解することも可能である。ただし、これらの規定が投資保護条約に入れられている場合、その解釈は関係当事者によって問題とされることがありうる。「履行確保義務規定」を協定上に規定するのであれば、一般国際法上の帰属規則を排除する趣旨ではないことを明確にするような書きぶりにすることが不要な紛争予防のために有用であると考えられる。

(3) 事実上の (*de facto* の) 国家機関の行為

国家責任条文草案第 4 条は、基本的に当該国の国内法制上正規の国家機関と位置づけられる機関の行為が国家責任を生ずることを定めている（「法律上の (*de jure* の) 国家機関」）。ただし、第 4 条 2 項は、機関とは当該国の国内法にしたがって機関と定義されるものを「含む (includes)」として、関係国の法令上は国家機関と位置づけられない人・団体であっても第 4 条の対象となりうる場合があることに含みを残している。この点について、ジェノサイド条約適用事件 ICJ 判決が、ある団体の行為が「事実上の (*de facto* の) 国家機関」と評価されて国家責任を生ずる可能性を論じている点が注目される。ICJ によれば、たとえ正規の国家機関ではないとしても、ある人・団体が国家に対して「完全な依存状態 (complete dependence)」にあり、国家の「単なる道具」や「代理」に過ぎないような場合には、当該国の国内法令上の法的地位を超えて現実の関係を考慮しなければならないという²²。

ICJ の判断においては、*de facto* の国家機関性は、その名が示すとおり、当該国の国内職制上は国家機関とされてはいないものの、それらと同列に評価できるような団体を特定するための基準である。「完全な依存状態」の存在によってそのような機関であることが認定されれば、当該機関の行為は *de jure* の国家機関の行為と同様に国家の責任を生ずることになる。すなわち、*de jure* にせよ *de facto* にせよ、問題とされているのは何が国家機関と位置づけられるかに関する判断基準であり、国家機関と評価されれば当然にその行為について国家が責任を負うこととなるのである。

2. 帰属基準②：法令に基づき特定問題に関する統治権能を行使する者の行為

国家機関としての地位を持たないものの、関係国の国内法令によって特定の問題について統治権能の行使を委任された者の行為の帰属について、国家責任条文草案第 5 条は以下のように規定

²² *Case concerning the Application of the Convention on Genocide, supra n.10, paras.390-395.* 本件では、ボスニア・ヘルツェゴヴィナ共和国内のセルビア系組織「スルプスカ共和国」やその軍が行った行為について新ユーゴスラヴィア (現セルビア共和国) の国家責任を問うるかが問題となったが、ICJ は、「完全な依存状態」にあったとは言えないとして、これを否定している。なお、ICJ によれば、この基準はすでに、コントラが米国に完全に依存し米国の代理として行動していたかを検討したニカラグア事件判決において示されている。 *Ibid, para.391.*

する。

Article 5 Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority
The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.

旧社会主義国や途上国においてはエネルギー産業部門を組織上は民営化したものの、国家が所有・支配を続けているケースが多いこともあって、投資仲裁の中にはこのタイプの帰属が争点となるものがある。これらの事件において、仲裁廷は、帰属規則は一般国際法上の規範であるとして、その内容確定にあたっては国家責任条文草案第5条を参照して判断を下してきている。

たとえば、Maffezini 事件では、スペインのガリシア自治州の産業振興を任務として産業省令によって設立された企業体 Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia Sociedad Anonima（以下、「SODIGA」）の行為がスペインに帰属するかが争点の1つとなった²³。

仲裁廷は、後述するように、管轄権判断において、SODIGA の構造および SODIGA が果たす機能に照らして、SODIGA はスペインを代位して行動する企業体であることを認定している。この判断は本案段階においても再確認されるが、国家による当該企業の所有・支配の有無、当該企業の設立目的の公役務性といった構造基準（structural test）、および、実際に当該企業が統治機能の一部を担って行動しているかという機能基準（functional test）に照らして決定されるものである²⁴。こうして SODIGA がスペインを代位して行為しうる団体であることを認定したのちに、仲裁廷は、SODIGA が行った行為が公権的な行為であれば国家に帰属するが、商業的行為は国家に帰属しないとして、問題とされている SODIGA の個々の具体的な行為についてその公権力性の有無を検討して帰属の有無を判断する²⁵。

具体的には、SODIGA が提供した誤った情報に則って行動した結果、原告が被ったと主張する損害に対する賠償請求について、仲裁廷は、情報提供は通常の企業が顧客に対してなす行為であり、提供にあたって SODIGA が公的機能を果たしていたとは評価できないとして帰属を否定した²⁶。他方、SODIGA による不正送金に関する賠償請求については、産業振興機能をもつ SODIGA

²³ 同事件における帰属認定に関する評釈としては、以下の文献がある。A.C. Smutny, “State Responsibility and Attribution: When Is a State Responsible for the Acts of State Enterprises?” T. Weiler ed., *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID NAFTA, bilateral Treaties and Customary International Law*, pp.17-45.

²⁴ *Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No.ARB/97/7 (November 13, 2000), paras.46-50.

²⁵ *Ibid.*, para.52.

²⁶ *Ibid.*, paras.58-64. 本件においては、工場建設にあたっての環境影響評価に関して SODIGA から提供された情報の誤りが問題となっていた。実体的にも、原告が進めていた化学薬品工場建設のためには環境影響評価が必要であることは原告も認識していたこと、環境影響評価の追加実施によっていかなる損害が生じたのかについて十分な説明がなされていないことから、原告の主張は退けられている（paras.65-71）。

が、投資の増額を目的として実施した送金は公的な行為であり、スペインに帰属するとしている²⁷。

国営企業の民営化を任務とするルーマニア法人 State Ownership Fund（以下、「SOF」）²⁸の行為が、ルーマニアに帰属するかが議論となった Noble Ventures 事件においても、仲裁廷は、国家責任条文草案第 5 条を慣習法を示したものとして引用し²⁹、SOF が同条の例に該当するかを検討している。仲裁廷は、ルーマニアの民営化法が、国営企業の民営化に関して「権限ある公的機関（empowered public institution）」として SOF を定義づけ、株式の管理・売買、投資家との契約締結を含め民営化プロセスについての広範な権限を付与していること、SOF の経営陣は首相によって任命され、内部規則は政府の決議によって承認されるべきことを規定していることから、SOF はルーマニア法に基づいて統治権能を行使する組織として位置づけられているとした³⁰。そのうえで、本件で問題とされている行為は、SOF に与えられたマンデイトの範囲内で行われているものであり、したがって SOF の行為はルーマニアに帰属することが認定されている³¹。なお、ルーマニアは SOF の行為は商業的行為であるから国家には帰属しないと主張していたが、これに対して仲裁廷は、問題とされている SOF の個々の行為が公権力の行使といえるか、それとも商業的な行為に過ぎないかについては、帰属の有無を左右しないため、判断する必要がないと付言している³²。

第 3 に、MCI 事件では、エクアドルの電力公共事業体である Instituto Ecuatoriano de Electrificación（以下、「INECEL」）の行為がエクアドルに帰属するかが争点となった。エクアドルは、自国の国内法上、国家から独立した法人格を有する主体である INECEL が締結した契約について投資保護協定は適用されないとし、エクアドルが主権国家として引き受けた義務と契約上の義務は区別されなければならないと主張した³³。これに対して、仲裁廷は、INECEL が構造・機能の双方においてエクアドルの国家機関とみなされることを確認し、投資保護協定や他の適用ある国際法に反する INECEL のあらゆる作為・不作為はエクアドルに帰属するとしている³⁴。本件の判断もまた、慣習法を法典化したものとして国家責任条文草案第 5 条に依拠して導かれている³⁵。

上にみた *de jure* のもしくは *de facto* の国家機関の行為が、それらが国家機関と位置づけられる

²⁷ *Ibid.*, paras.72-83. 投資保護義務（投資保護協定 第 3 条 1 項）および公正・衡平待遇義務（同 第 4 条 1 項）の違反が存在するとして、3 千万ペセタ及び利息の支払いが命ぜられた。

²⁸ 後に、ルーマニアにおける政権交代に伴って「Authority for the Privatization and Management of the State Ownership (APAPS)」に改組されるが、その任務・性質に変化はなく、本稿では「SOF」と称する。

²⁹ *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No.ARB/01/11 (October 12, 2005), para.70.

³⁰ *Ibid.* paras.71-80. もっとも、具体的な侵害行為については、いずれも立証されていないとして原告の訴えは退けられている。

³¹ *Ibid.*, para.80.

³² *Ibid.*, para.82.

³³ *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Ecuador*, ICSID Case No.ARB/03/6 (31 July 2007), paras.222-223.

³⁴ *Ibid.*, para.225.

³⁵ 同内容の基準に依拠して帰属の判断を行ったものとして、他に、石油企業 QGPC がカタールの代理（agent）として行為しているとして帰属を肯定した *Wintershall A.G. et. als. v. The Government of Qatar* (Partial Award on Liability, 29 January 1988), *International Legal Materials*, vol.28, 1989, pp.811-812 や、電力関連企業 Latvenergo がラトヴィアの電力政策遂行のための道具（vehicle）として使われているとして帰属を肯定した; *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Latvia*, (16 December 2003), para.4.2 を挙げることができる。

ことによって当該国の国家責任を生むこととは異なって、国家責任条文草案第5条は、法令上統治権能の一部が与えられていることを基準とし、当該権能を行使して行われた行為についてのみ国家の行為と評価する。国家に対して「完全な依存状態」におかれているものではなく、したがって *de facto* のレベルにおいても国家機関とは位置づけられない非国家主体の行為の帰属の問題をすべて後述の第8条に収斂させることは、行為に対しての国家による現実のコントロールを要求することになり、国家の責任を問えない場面を拡大させる可能性が高い。たとえば、鉄道内において警察権限の行使を認められている鉄道会社の職員が外国人を不当に拘束したような場合には、当該職員の行為に対して国家が現実のコントロールを及ぼしていなかったとしても、警察権限を付与したことによって、当該権限の範囲内で行われた行為については国家の責任を問うことが合理的である。他方で、同じ鉄道会社も、与えられた警察権限と関係しない発券や運行などの業務は民間企業として行っており、これらに付随して外国人に損害を与えたとしても国家が責任を負うことにはならない。これらの主体は、全体としては *de jure* であれ *de facto* であれ国家機関ではないが、権限行使を認められている分野に限って、あたかも国家機関として行為しているかのように評価されるのである。上記の MCI 事件仲裁判断が、第5条に依拠しつつ、問題とされている行為遂行にあたっては INECCEL をエクアドルの「国家機関とみなすべきである」との結論を導いて帰属を肯定していることから、本条に基づく認定の特徴がみてとれる³⁶。

なお、上記の仲裁判断において、統治機能の一部を委任されていると評価された機関について、個々の具体的行為の公権力性の有無を検討するかについては、Maffezini 事件と Noble Ventures 事件及び MCI 事件の間で相違がある。この違いが何を意味するのかは、III で後述する。

3. 帰属基準③：国家による指示・指揮・命令

国家責任条文草案第8条は、国家による指示のもと、または国家の指揮・命令にしたがって、国家機関ではない者によって行われた行為の当該国家への帰属について、以下のように規定する。

Article 8 Conduct directed or controlled by a State

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.

³⁶ なお、実際にそれが争点となった事案は管見の限り見当たらないが、仮に国家責任条文5条が慣習法であるとしても、権限付与が契約によっている場合に帰属がどう解されるかは問題となりうる。5条は、関係国の「国内法令によって」特定の問題について統治権能の行使を委任された者の行為が国家に帰属する旨を定める。担当部局に対して業務委託のための契約締結権限を与える法令は通常存在するであろうが、実質的には契約によって権限行使の内容が定められているような場合に、当該根拠法令の存在によって5条の要件が満たされるかが、問題となりうるのである。これを一般的に否定することは、契約によって権限を付与さえすれば国家は責任を問われずに実質的に違法行為を行いうることを認める結果になるから、国家が私人に対して統治権限を付与する際の形式に拘泥する必要はないと考えられよう。

第8条は、慣習法規則を法典化した規定であると評価されている³⁷。もっとも、同条にいう国家による「事実上の指示のもと (in fact acting on the instructions)」もしくは国家の「指揮もしくは命令のもとで (under the direction or control)」の私人の行為が国家に帰属するためには、どの程度の指示や指揮・命令が要求されるのかについては規定からは明らかではない³⁸。

投資紛争について、第8条が問題となった事案としては、いずれも帰属が否定された2例を挙げることができる³⁹。Tradex 事件では、村人による土地占拠がアルバニアによって扇動・許容されたものであるとの原告の主張について、そもそも事実関係が立証されておらず、また、仮に村人が国家によって扇動 (encouraged) されて行動したことが立証されたとしても、その事実のみでは村人の行為は国家の行為とはならないとして帰属を否定した⁴⁰。また、Amco Asia 事件では、現地企業が軍・警察から援助を得て原告のホテルを占拠したことについて、国の外国人保護義務違反は別途認定したが、これらの援助によって現地企業による不法占拠したいがインドネシアに帰属するとは結論づけられないとした⁴¹。以上の例から、国家による指示・命令に基づく帰属の認定が厳格であることはみてとれるが、いずれも要請される指示・監督の程度についての詳論は展開しておらず、投資紛争仲裁例から第8条の基準内容について何らかの示唆を得る段階にはないといえる。

III. 帰属基準の射程

以上のように、投資仲裁は、しばしば国家責任条文草案に依拠するかたちで帰属判断を下している。なかでも、*de jure* の国家機関の行為については従来の慣習法上の帰属基準にしたがった判

³⁷ *Case concerning the Application of the Convention on Genocide, supra n.10, para.398.*

³⁸ なお、指示の程度とは別に、投資紛争を離れば、第8条の帰属基準をめぐっては、組織に対する一般的な統制関係としての「全体的コントロール (overall control)」で足りるのか (*Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment of 15 July 1999, International Legal Materials, vol.38, 1999, pp.1544-1545, para.136*)、個々の具体的な行為に対する国家による指示や命令としての「実効的コントロール (effective control)」を要するのか (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), I.C.J. Reports 1986, pp.64-65, para.115; Case concerning the Application of the Convention on Genocide, supra n.10, paras.397-407*) が争われている。私的団体の行為は国家責任を生じないことが原則であって、例外的に特定の行為に関して存在する両者の関係性から当該行為が国家に帰属すると評価されることに鑑みれば、後者の立場が妥当と考えられ、投資紛争においても個別の行為に対する指示の程度が問題とされている。

³⁹ 他に、やや微妙な例として EnCana 事件を挙げることができる。仲裁廷は、国営企業 Petroecuador が大統領の指示のもと、司法長官の監督下で行った行為はエクアドルに帰属すると判示した。EnCana Corporation v. Republic of Ecuador (3 February 2006), para.154。国家機関による指示・監督が帰属根拠として挙げられているため第8条の例と考えられる——国家責任条文草案を引用する判例・判断をまとめた国連事務総長報告書にも第8条の例として引用されている (*Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and other Bodies, A/62/62, para.67.*) ——が、仲裁廷は、本件が第5条の帰属例か第8条のそれかを判断する必要はなく、いずれの基準を適用しても結果は同じであるとしている (para.154)。そのためもあってか、具体的な指示・監督の程度については詳細な検討はなされていない。

⁴⁰ *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, ARB/94/2 (29 April 1999), paras.147, 165 and 169.*

⁴¹ *Amco Asia Corporation and Others v. The Republic of Indonesia, ICSID Case No.ARB/81/1 (20 November 1984), paras.160-162.*

断が多く下されており、また、法令上の授權を受けた団体の行為については一般国際法上は事例に乏しかったが投資仲裁事例を通じて第 5 条が想定する先例が増えつつあるといえる。他方で、投資仲裁においては、「帰属」基準に関する言及が、本来の行為の国家への帰属判断とは異なる文脈において行われることがある。本章では、それらの依拠が果たして帰属を判断しているものなのか、仮にそうでないとしたら何を意味するのかについて確認する。

1. 管轄権判断と非国家主体の法的位置づけ

第 1 に、投資紛争における仲裁の管轄権との関係で非国家主体の法的位置づけが問題となり、その際、仲裁廷が「帰属」規則を参照して管轄権判断を下す例がある。

ICSID 条約や多くの投資保護協定は、「締約国と他の締約国の国民の間の紛争」についての仲裁手続を定めている。公社その他の非国家主体から侵害行為を受けたと主張する投資家が投資紛争手続に訴えた場合、被提訴国は、それら非国家主体は国家とは独立した別個の法人格を有し、したがって当該紛争は「締約国」を相手とした紛争ではないために仲裁廷は管轄権を欠くとの抗弁をしばしばなす。請求が締約国を名宛人として投資保護協定の違反等を根拠としてなされているならば、仲裁廷が管轄権を有するかを決定するために問題とされている行為主体が国家的主体 (State entity) と言えるかを確定することは不要であると考えられるが⁴²、仲裁廷は管轄権判断においてこの点について検討を加えることがある。投資家と私的団体の間の紛争であれば国内裁判所の管轄対象となるのに対して、投資家と投資受入国の間の紛争を管轄対象とする ICSID 仲裁に固有の管轄の有無を確認する必要があるからである⁴³。

たとえば、Maffezini 事件の管轄権判断において、被告スペインは、本件は原告であるアルゼンチン人投資家 Maffezini とスペインの私企業 SODIGA の間に生じた純粋に私人間の紛争であるとして、ICSID 仲裁の管轄権を争った⁴⁴。仲裁の管轄について規定する ICSID 条約第 25 条も、アルゼンチン＝スペイン間に結ばれていた投資保護協定も「締約国」についての定義をおいていなかったため、仲裁廷は、原告と SODIGA との間の紛争を原告とスペインとの間の紛争とみなせるかについて、一般国際法を参照して判断を下している。仲裁廷によれば、当該問題についての基準

⁴² *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No.ARB/00/4 (Jurisdiction, 23 July 2001), para.30. もっとも、本件の仲裁廷は、そのように述べつつも、両当事者がこの点について議論していること、本案においても影響しうることから、両当事者の期待を充足するために判断を下している。同様に、請求が国家に向けられていれば管轄充足には十分であり、実際に国家に責任を問うかの判断は本案に入らなければなしえないとの指摘は、*Consorzio Groupment L.E.S.I.-DIPENTA v. People's Democratic Republic Algeria*, ICSID Case No.ARB/03/08 (Jurisdiction, 10 January 2005), para.19. ただし、契約違反を契機とした紛争において、当該契約に国家がまったく関係しておらず、請求が不当に国家に向けられていることが明白である場合には例外的に管轄権段階でその旨を判断すべきという。*Ibid.*

⁴³ P-M. Dupuy, "L'Etat et ses emanations dans le contentieux du droit international des investissements," P-M. Dupuy et als. eds, *Völkerrecht als Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat*, N.P. Engel, 2006, p.313. 逆に訴えを提起している「投資家」側が実際には国家とみなせる場合にも ICSID 仲裁の管轄権は設定されないから、この観点から「投資家」と本国の関係性が問題とされることもある。*Ibid.*

⁴⁴ *Emilio Agustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No.ARB/97/7 (Award on Jurisdiction, January 25, 2000), para.73.

は国家責任法の文脈において発展してきているという⁴⁵。具体的には、SODIGA のような企業体の行為を争点とする紛争においては、国家による当該企業の所有・支配の有無、当該企業の設立目的の公役務性といった構造基準 (structural test)、および、実際に当該企業が統治機能の一部を担って行動しているかという機能基準 (functional test) に照らして、原告と SODIGA の間の紛争を原告とスペインの間の紛争と判断しうるかが決定されるとする⁴⁶。仲裁廷によれば、省庁の一部局のように国家による所有・支配が直接的に及ぼされている場合には、当該機関が関与する紛争を締約国との間の紛争とみなしうる事が明白である。しかしながら、本件のように企業体のかたちをとって存在する非国家主体に対して、国家による所有・支配が間接的に及ぼされている場合には、国家企業が多様な形態をとりうることに鑑みれば、構造基準に加えて機能基準に照らした判断が不可欠となるという⁴⁷。以上の基準を本件に当てはめた結果、SODIGA が産業省令によって創設されていること、SODIGA の株のうち国家機関が 51% を超える (本件については具体的には 88% 強の) 部分を保有していること、SODIGA 創設時の経緯からガリシア自治州の産業振興という統治機能を遂行する組織を創設する意図があったことが明らかであること、新規産業の育成や補助金の配分等は商業的性格の任務ではなく典型的に国家が行うような事業であることから、SODIGA はスペインを代位して行為する機関であると仲裁廷は結論づけている⁴⁸。

ICSID 条約や多くの投資保護協定は、「締約国と他の締約国の国民の間の紛争」についての仲裁手続を定めている。ICSID 条約や投資保護協定がこれらの規定において「締約国」をどのように解すべきかについて定めていれば、それらの条約が定める範囲に照らして管轄権が設定されることになる。しかしながら、Maffezini 事件の管轄権判断が述べるように、ICSID 条約もこの事件での管轄の基礎となったアルゼンチン＝スペイン間の投資協定も管轄対象となりうる紛争を決定する基準となる「締約国」の定義をそれじたいで用意していない。仲裁廷は、上記の判断を、一般国際法上の国家責任法における帰属規則を参照して行ったものとして位置づけているが、それは妥当だろうか。Maffezini 事件の仲裁廷は、SODIGA がスペインを代位して行為する主体であるかを構造・機能基準に基づいて肯定したのちに、SODIGA が行った具体的な行為がスペインに帰属するか否かについては本案において検討すべき事項であるとし⁴⁹、実際に本案段階においては、前述のように帰属の有無を認定している。両者の関係をどのように理解すればよいのだろうか。

この点については、投資家との間の紛争の当事者となる「締約国」をどのように同定するかという問題と、違法性が主張されている行為が国家に帰属するかという判断は、論理的には必ずしも関係しないと考えられる。仲裁廷の管轄権の有無を判断する基準として紛争当事者が「締約国」といえるかという問題と、当該行為者の具体的な行為が国家に帰属するかに関する判断は異なるものである。de jure もしくは de facto の国家機関と判断される機関、あるいは法令上の授權によって特定の分野についての統治権能を与えられ当該分野に限って「国家機関」に擬せられる団体

⁴⁵ *Ibid.*, para.76.

⁴⁶ *Ibid.*, paras.77-80. 本案でも、これを再確認している。Maffezini (Merits), *supra* n.24, paras.46-50.

⁴⁷ Maffezini (Jurisdiction), *supra* n.44, paras.78-79.

⁴⁸ *Ibid.*, paras.83-86. 同様に構造基準と機能基準に照らした認定は、Salini v. Morocco 事件においてもなされている。Salini v. Morocco (Jurisdiction), *supra* n.42, paras.31-35.

⁴⁹ Maffezini (Jurisdiction), *supra* n.44, para.89.

は、いずれも国家責任法の観点から同定されている。この判断は一定の事実に対する一定の法分野における法的評価に基づくものであるから、必ずしも他の法分野においても同一の基準によって「国家」が定義されるとは限らない。仲裁管轄設定の対象となる「締約国」は、それぞれの条約において定義づけられうる。Maffezini 判断が述べるように、個々の条約において「締約国」が定義されていないことから、仲裁廷は帰属規則を参考にして「締約国」性を判断しているに過ぎないのである。

もっとも、投資仲裁判断が、帰属規則をどのように「参考にして」判断を行っているのかは必ずしも定かではない。多くの仲裁判断は Maffezini 事件の判断を引用して構造・機能基準を挙げ、これらに照らして紛争が「締約国」との間に生じているか否かを検討する⁵⁰。その Maffezini 判断は、Brownlie による国家責任法に関するテキストが、関係国の国内法制上は国家機関とされない組織が行った行為であっても、国際法の観点からは国家責任を生ずることがあり得、何が「国家機関」にあたるかは本質的に関連する国際法原則に照らして事実をいかに評価するかという問題であると論じている⁵¹ことにリファーして、構造・機能基準に照らして「締約国」該当性を決定することを正当化している。関係国の国内法上の位置づけが国際法上の判断にとって決定的ではないという点については異論がないとして、Brownlie の議論は帰属判断にあたってある主体の行為を国家行為とみなすべきかを判断するための基準が「国家」を定義する他の法分野にもそのまま適用されることを何ら措定していない。むしろ、関連する国際法原則に照らして事実をいかに評価するかという問題の捉え方は、それぞれの文脈において判断基準が異なりうることを示している。Maffezini 判断は、帰属基準を仲裁手続の対象となる「締約国」の判断基準としても用いることが紛争解決の観点から妥当であると判断したものと位置づけられよう⁵²。

2. 帰属判断と公権力性の有無

(1) 帰属基準と公権力性

投資紛争における帰属判断の第 2 の特殊性は、帰属の有無を検討するにあたって、問題とされている行為が公権的行為 (*acta jure imperii*) か商業的行為か (*acta jure gestionis*) が論じられる点にある。公権力性の有無は、帰属判断に内在するのだろうか。

前述のように、Maffezini 事件においては、第一読草案第 7 条 2 項 (現条文草案第 5 条) を参照しつつ、国家による所有・支配の有無、設置目的の公役務性といった構造基準、および実際に統

⁵⁰ たとえば、*Salini v. Morocco (Jurisdiction)*, *supra* n.42, para.31.

⁵¹ I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility Part I*, Clarendon Press, 1983, p.136. See also, R. Ago, "Third Report on State Responsibility," *Yearbook of the International Law Commission, 1971, vol.II, Part I*, pp.233-238.

⁵² もっとも、Maffezini 判断は帰属規則から構造・機能基準を導いたとしているが、同判断以前の投資仲裁において行為の帰属について構造・機能の 2 つの要素を整理して分析したものは管見の限り見当たらない。また、これまでのところ、構造・機能基準が援用された諸事例においては、関係国の法令によって特定分野における権限行使が授權されていたため国家責任条文草案第 5 条が想定する類型に合致していた。しかしながら、構造基準と機能基準の関係は明確化されておらず、その位置づけ次第では、今後国家責任条文草案が想定する類型とは異なる帰属基準が投資分野において生成する可能性があり注目される。

治機能の一部を担っているかという機能基準に照らして、SODIGA がスペインを代位して行為する国家機関であることが確認されている。そのうえで、請求対象となっている個々の具体的な行為が公権的行為であれば帰属するが、商業的行為は国家に帰属しないという。

対して、Noble Ventures事件及びMCI事件の仲裁廷は、それぞれSOF、INECELが、構造・機能の双方においてその権能を規定する国内法に基づいて統治権能を行使する組織とされているとして、帰属を肯定しており、個々の行為が公権的行為か否かについては検討を加えていない。ある団体が構造上あるいは機能上、国家の統治権能を行使する組織であるとみなされる場合には、個別具体の行為が商業的行為であるか公権的行為であるかを問わないとするのである。

第5条が想定する類型について、個別行為ごとに公権力性の有無を検討するかについて、一見したところ判断が分かれているが、どう理解すればよいだろうか。

国家責任条文草案第5条において、法令によって統治機能の一部を付与された機関の行為は、当該統治権能を行使していた場合に限り国家に帰属する。Maffezini 事件において、仲裁廷は、SODIGA が国家から統治権能の行使を委任された機関であったことを確認したが、他方で、地域産業促進という公目的をガリシア自治州の政策立案・実施の一端として担う機関として設立された SODIGA も、80年代後半以降、市場（採算性）重視の姿勢へと変化させつつあったことを指摘している⁵³。本件紛争が生じた90年代前半において、SODIGA が設立当初に割り当てられていた公目的を実施する機関として行為していたかを確認する必要性が存在していたのであり、問題とされている SODIGA の個々の行為それぞれについて、仲裁廷がその性質を確認しているのは、当該行為がスペインに帰属するか否かの判断の一環としての検討と位置づけられよう。仲裁廷は、SODIGA の行為について「公権的（governmental）」か「商業的（commercial）」かという表現を用いているが⁵⁴、これらはたとえば国家の裁判権免除の文脈でメルクマールとされる基準と同一のものではなく、より正確には、国家によって付与された統治権能の範囲内で行われた行為であったか否かを検討していると考えられる。

他方、Noble Ventures 事件の仲裁廷が明示的に否定する「公権的行為」か「商業的行為」かの区別は、与えられた権能の範囲内で行われた行為についてさらにその性質如何で帰属の有無が左右されるかという文脈で議論されている。仲裁廷は、SOF が行ったと主張されている違法行為のすべてが投資に関係しており、当該機関のマンデイトの範囲内であることを簡単に確認している⁵⁵。そのうえで、これら行為が公権的であるか商業的であるかは帰属に影響しないと付言するのである⁵⁶。問題とされる個々の行為が民営化というマンデイトの枠内で行われたものであることの確認は行われており、この点では Maffezini 事件における判断と同様に、問題の機関が個別の行為に際して国家の統治権能を行使する機関として行動していたかは帰属判断の前提とされていることがわかる。

したがって、問題とされる個々の行為遂行にあたって構造・機能基準を充足しているかという観点から、公役務のマンデイト内で実施された行為か否かを確認することは行われるが、これと

⁵³ *Maffezini (Merits)*, *supra* n.2446, paras.53-57.

⁵⁴ *Ibid.*, para.52.

⁵⁵ *Noble Ventures*, *supra* n.29, para.80.

⁵⁶ *Ibid.*, para.82.

は切り離されたかたちでの「公権的行為」か「商業的行為」かの別は帰属の帰趨に影響しない。国際法委員会は、国家責任条文草案の起草作業にあたって、業務管理的行為か公権的行為かに関わりなく、国家機関のあらゆる行為は国家に帰属されるか、という問いを各国に発しているが、この質問に対してすべての国家から肯定的回答が寄せられていることもこのことを支持するといえる⁵⁷。

(2) 公権力性と義務違反

もっとも、行為の性質は、帰属の問題とは別に、国際法上の義務違反が存在するか否かという文脈では問題となりうる⁵⁸。帰属規則は行為の国家への帰属に関する基準であって、責任の帰属を行う規範ではない。国家に帰属した行為が国際義務に違反するかどうかは次に問われ、違反があつて初めて責任が生ずるのである。したがって、違反が問題となる国際義務の内容次第では、帰属した行為が商業的行為であれば直ちには国際義務違反を生じない可能性がある。

このことは、たとえば、Tucuman 州の行為がアルゼンチンの国家責任を生ずるかが問題となった Vivendi 事件において、州の行為のいずれが主権的権能の行使として行われたか、あるいはコンセッション契約の当事者としての権利行使として行われたかを判断する必要があると判示されたことからもうかがわれる⁵⁹。第5条のケースとは異なり、第4条で *de jure* の国家機関とされる機関の行為はすべて国家に帰属するが、帰属された行為が国際義務の違反を構成するか否かは別途検討を要する問題である。Vivendi 事件で、州の行為がアルゼンチンに帰属することを認定した後で、仲裁廷がそれら行為が公権的性質を有するか否かを検討しているのは、当該事件においては公権的な行為でなければ国家の義務違反を構成しないと判断するからである。すなわち、公権力性の有無は帰属の基準としてではなく、帰属された行為の国際義務との整合性如何の判断基準

⁵⁷ 問いの内容は以下のとおり。"With respect to part one of the draft, is all conduct of an organ of a State attributable to that State under article 5 (Attribution to the State of the conduct of its organs), irrespective of the *jure gestionis* or *jure imperii* nature of the conduct?" Report of the ILC 1998 (A/53/10), para.35.

他に、帰属判断にあたって公権力性の有無は関係しないことを指摘する学説として、L. Condorelli, "L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances," *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t.189, 1984-VI, pp.73-74.

⁵⁸ Dupuy, *supra* n.43, p.312.

⁵⁹ *Compania de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*, ICSID Case No.ARB/97/3 (November 21, 2000). 原告のフランス企業は現地法人を通じて、アルゼンチンの Tucuman 州と上下水道運営に関するコンセッションを締結したが、運営に対して州から種々の妨害を受け、これが収用禁止や公正衡平待遇を定めるフランス＝アルゼンチン間の投資保護協定の違反を構成すると主張して、ICSID に紛争を付託した。仲裁廷は、連邦制をとる国家において連邦構成部分たる地方政府の行為は国家に帰属することは国際法上確立していると指摘したうえで (para.49)、州の行為のいずれが主権的権能の行使として行われたか、あるいはコンセッション契約の当事者としての権利行使として行われたかを判断するためには、コンセッション契約の詳細な解釈・適用が必要だが、当該任務は契約上 Tucuman 州裁判所の専権事項とされているため、現段階では判断が下せないとした (para.79)。なお、この管轄権行使否認については、投資保護協定違反の有無を判断するために前提的に契約違反の有無を判断する権限は投資保護協定において認められており、本来存在する管轄権を行使しないことも権限越えにあたるとして、後に取り消されている。*Compania de Aguas del Aconquija, S.A. and Vivendi Universal (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic*, ICSID Case No.ARB/97/3 (Decision on Annulment, July 3, 2002).

として用いられている⁶⁰。

3. 行為の帰属と義務引受けの意思

投資紛争において、行為の帰属以外の文脈で「帰属」規則が参照される第3のケースは、いわゆる「アンブレラ条項 (umbrella clause)」を介して、契約上の義務の違反について国家が国際法上の責任を負うかという争点について生ずる⁶¹。国家責任法では、行為が国家に帰属することを確認したうえで、当該行為が国際法上の義務に反するかが問われる。たとえば、LaGrand 事件において、被拘禁者に対して領事通報権の存在を告知しなかった司法職員の行為は米国の行為とみなされ、当該行為は領事条約36条違反を構成するので米国が責任を負う⁶²。あるいは、ELSI 事件において、パレルモ市長の行為はイタリアの行為とみなされ、当該行為が米伊通商航海条約に違反するので、イタリアは国家責任を負うことになる⁶³。ところが、投資紛争については、州等が外国投資家と締結した契約の違反が問題となることも少なくない。このような場合に国家はいかなる根拠で責任を負うのだろうか。

Noble Ventures 事件において、問題とされた SOF の行為は契約違反であった。ルーマニアは投資保護協定上の義務を負っていても、仮に契約上の義務を負っていないとすれば契約違反を行えない。投資保護協定のアンブレラ条項の書き方次第では（たとえば、“shall ensure the observance” など）、あるいは国内環境を整備する義務などの協定上の義務が存在する場合には、それらの違反は問題となり得るが、それは、SOF の行為が国家に帰属するからではなく、国家そのものによる協定違反が存在するからである。本件では、「各締約国は、投資に関連して負う義務を遵守する (Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments)」旨のアンブレラ条項（米＝ルーマニア投資保護協定第2条(c)）違反が争点となっているため、ルーマニアに義務違反が存在するというためには、SOF と原告企業の間で締結された契約がルーマニアと原告企業との間で締結されたものとみなすこと、すなわちルーマニアが契約上の義務を負っていることが前提となる。

この点、仲裁廷は、原告と SOF の間の契約を原告とルーマニアの間の契約と捉えたうえで、投資保護協定上のアンブレラ条項を通じて、契約違反が投資保護協定違反となるという構成をとっている。仲裁廷は、「帰属が関係する第2の側面」として、ルーマニアは、（SOF が締結した）本

⁶⁰ 公権力性が帰属基準ではなく義務内容に関連して問題となりうることについては、欧州人権裁判所の判例からもうかがわれる。集会および結社の自由の侵害の有無が争われた事件において、被告スウェーデンは、雇用者として行動した行為については国家責任を生じないと主張したが、欧州人権裁判所は、雇用者としての国家であるか公権力を行使する立場としての国家であるかに関わりなく、国際法上は国家の行為とみなされると判示する。そのうえで、それら行為が条約に規定する自由を侵害すれば条約違反が生ずるとして、本件については欧州人権条約11条2項の解釈の問題として締約国は雇用者としての立場においても条約上の義務を負っている旨を判断するのである。Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden (1976), para.37; Schmidt and Dahlstrom v. Sweden, (1976), para.33.

⁶¹ アンブレラ条項について、詳しくは、濱本正太郎「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」RIETI Discussion Paper Series 08-J-014 参照。

⁶² Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations, supra n.13.

⁶³ Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), supra n.13.

件契約の当事者といえるかを問う。SOF は、ルーマニア法上民営化の任務を負い、当該分野においてルーマニア国家を代表するため、契約はルーマニアを代表して締結されていることが確認され、契約違反は、アンブレラ条項を通して投資保護協定の違反となると判断されるのである⁶⁴。

以上のように、Noble Ventures 事件では、帰属基準が、国家を SOF が締結した契約の当事者とみなせるかを判断する基準としても用いられている。しかし、契約関係の当事者であるか否かは、国家責任法の帰属規則を基準として判断されるものではなく、SOF による契約締結行為が国家に帰属するとしても、当該契約が必然的に国家を拘束することにはならない。帰属は問題となる行為が国家による授権のもとでの行為かという事実関係に関する規範的判断であるが、契約関係の有無の判断においては国家を代表して契約を締結し権利義務関係を創設する権限があるかが問題となるからである⁶⁵。

Generation Ukraine 事件において、仲裁廷は、国家責任の帰属のうえではキエフ市の行為がウクライナに帰属するとしても、原告とキエフ市が締結した契約は、原告とウクライナの間の契約とはならないとした。責任認定にあたっての行為の国家への帰属については国家責任法上の規則が適用されるが、この規則が契約関係の存否の判断にそのまま適用されることはないからである⁶⁶。

国際法委員会のコメンタリーもまた、国家責任の文脈における行為の国家への帰属性の問題は、他の国際法分野においていずれの機関が国家を代表してコミットメントをなすかという問題とは区別されるとする。帰属規則は、国家責任の目的のためのみに起草されたのであり、国家や政府を定義する必要がある他の目的には必ずしも適用されないとするのである⁶⁷。

そうであるならば、ある団体が国家を代表して契約を締結する権限を有するか否かを何を基準として判断すればよいか次問題となる。多くの仲裁判断は、当該国の国内法上、対象団体が国家とは独立した法人格を有する場合には、当該団体が当事者である契約は通常は第三者たる国家のためではなく団体じたいのために締結されているとして、国家が契約に拘束されることを否定する⁶⁸。国家が契約に拘束されることを主張する投資家側は、関係国家機関による明示の授権のもとに契約が締結されているとか⁶⁹、一体性を有する一連のプロジェクト推進のなかで一部の契約

⁶⁴ *Noble Ventures*, *supra* n.29, paras.84-85. 同様に、MCI 事件は、INECEL と原告の米国企業との間に締結された契約の条項の違反があったか否かを、投資家が抱く正当な期待を害したかという投資保護協定上の義務違反の有無の引照基準として読み込んでおり、明示されていないが、INECEL が締結した契約がエクアドルが締結した契約とみなされるのであれば、エクアドルが正当な期待を害したことになるという判断を行っているものと考えられる。もっとも、たとえ、国家が契約当事者であるとみなせるとしても、アンブレラ条項によってあらゆる契約違反がそのまま国際義務違反になるかについては、それぞれの条項の書き方にも関連して別途議論がありうる。この点については、濱本、前掲論文（注 61）参照。

⁶⁵ Y. Nouvel, “Les entités paraétatiques dans la jurisprudence du CIRDI,” Ch. Leben ed., *Le contentieux arbitral transnational relative à l’investissement*, L.G.D.J., 2006, pp.42-51.

⁶⁶ *Generation Ukraine*, *supra* n.14, para.8.12.

⁶⁷ *Commentary to Chapter II*, *supra* n.1, para.5.

⁶⁸ *Salini v. Morocco (Jurisdiction)*, *supra* n.42, paras.60-62; *Vivendi (Annulment)*, *supra* n.59, para.96. 他の点で考慮が出来るために結論を下していないが、同様に国内法上の法人格の別に言及するものとして、*Salini Costruttori S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No.ARB/02/13 (Jurisdiction, 9 November 2004), para.100.

⁶⁹ *Consortium R.F.C.C. c. Royaume du Maroc*, CIRDI Aff. N. ARB/00/6 (Décision sur la compétence, le 16 juillet 2001), para.30-34. ただし、契約締結後の承認はこれに当たらないとして否定された。

は国家と他の契約は地方政府や民間団体と締結されている⁷⁰といった事情を示して、国家以外の団体が締結した契約についても国家が義務を負うことを論じている。

これらの判断は、国家責任法上問題となる行為の国家への帰属規則を基準として行われるものではなく、契約によって拘束される国家の意思をどのようにして基礎づけるかの問題である⁷¹。そのような国家意思が存在することを立証することは容易ではないため、国家以外の主体が締結した契約の違反についても（アンブレラ条項などを通じて）問題としたいのであれば、そもそも投資保護協定上の「締約国」に当該主体が含まれる旨を予め明確にしておくといった対応策がありうるだろう。

IV. おわりに

外国投資をめぐるのは、地方政府と投資家との紛争や、国内法上、国家と独立した法人格を有する主体と投資家との紛争が生ずることも多い。そのような紛争に直面した場合、仲裁廷は、一般国際法上の国家責任規則（およびそれを法典化したと理解される国家責任条文草案）を参照して判断を下そうとしているが、とりわけ後者における帰属基準については従来あまり詳細化されてきていなかった。この点において、投資仲裁を通じた判断の蓄積は、帰属基準をより洗練させる役割を果たす可能性を有している。なかでも、構造および機能基準に照らした帰属の判断が今後どのように運用されていくかは注目すべきである。帰属基準は、元来、理論的に導かれる性質のものではなく、国家がいかなる権限を与えていれば、あるいはどの範囲まで国家が実質的に関与していれば、国家機関以外の人・団体が行う行為について当該国の責任を問うべきかに関して、実行の蓄積を経て徐々に基準が詳細化されてきたものとして位置づけられる⁷²。このような帰属基準の性質に照らせば、仲裁実践の蓄積には積極的な意味が見出されるからである。

⁷⁰ *Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No.ARB/77/2 (8 August 1980), para.4.40.

⁷¹ 契約当事者性は、意思の有無を基準として判断されるとの見解には、G. Rosenberg, “State as Party to Arbitration,” *Arbitration International*, vol.20, 2004, pp.387-409.

⁷² Ago, *supra* n.51.