

# 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

―最近の判例・学説に見られる「主権的行為論」の根拠の検討を中心として―

坂 田 雅 夫

## 目次

はじめに

第一章 「傘条項」の法的効果をめぐる議論の発端……二つのSGS事件

(1) SGS対バキスタン事件

(2) SGS対フィリピン事件

第二章 最近の判例・学説における「傘条項」解釈としての「主権的行為論」

(1) 傘条項の適用を「主権的権限」の行使を伴う国家契約違反に限る最近の諸判例

(2) ヴェルデ論文：「当初の意図 (original intentions)」に基づく「傘条項」解釈

第三章 「主権的行為論」の「傘条項」の解釈としての妥当性

(1) 「当初の意図」の存在自体に対する疑問

- (2) 「当初の意図」を今日の投資保護条約の解釈の根拠とすることに対する疑問
  - (3) 「主権的行為論」と国内救済との関係
    - (i) 慣習国際法における「主権的行為論」の根拠
    - (ii) 投資保護条約における国内的救済の扱いと「主権的行為論」の妥当性
- おわりに

## はじめに

国家契約とは、私人と国家が結んだ契約の総称である。<sup>(1)</sup>これには、いわゆるコンセンション契約などが含まれる。国家が外国私人と締結した国家契約の慣習国際法上の法的性質をめぐっては今日でも激しい対立がある。その対立は、契約の準拠法をめぐる国際私法上の問題と、国家契約の違反にかかわる国際公法上の国家責任の問題が分ちがたく結びつき、きわめて複雑な物となっている。かかる対立から国家契約の保護を慣習国際法に頼ることに不安を覚えた先進諸国は、個別に投資保護条約を締結し、その中で他の締約国の国民に対して負っている義務の遵守を確約する条項を含むようになった。たとえば、五一カ国が加盟しているエネルギー憲章の第一〇条の末文は「各締約国は、他のいかなる締約国の投資家もしくは投資家による投資に対して負つたいかなる義務も遵守すべきである (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)」と規定している。このような条項は他の多数の投資保護条約にも見受けられる。この種の条項は「傘条項 (umbrella clause)」、「合意遵守条項 (pacta sunt servanda clause)」、もしくは「鏡条項 (mirror effect clause)」

と呼ばれており、本稿では便宜上「傘条項」の名称を用いることにする。

従来の学説では、この種の条項について、国家契約を遵守することを約束したものであって、国家契約上の義務に違反する行為は、同時に投資保護条約のこの種の条項の違反をも構成する、と理解されてきた<sup>②</sup>。また、多くの投資保護条約がこの種の条項に包括的な文言を用いて、それが適用される場合を限定していないことから、かかる条項に照らせば国家契約上の権利の侵害行為は、「契約違反の結果であれ、立法や行政行為の結果であれ、あるいは、それが国有化によるかどうかを問わず、違法とされることになる」と一般に理解されてきた<sup>③④</sup>。

ところで近年、投資保護条約の仲裁裁判条項に基づき、投資家が投資受入国を訴える事例の数が急増しており、訴訟多発に対する危惧が高まっている。仲裁裁判に付託される紛争の中には国家契約の解釈を争うものが多い。それらの事件においては、国家契約に違反する行為が、同時に事実として投資保護条約上の義務違反行為となっており、条約の紛争解決手続きが利用されている。そのため、かかる紛争は投資受入国の国内裁判所でまず取り扱われるべきものであり、これらの紛争が直接に仲裁裁判に付託されていることが訴訟の多発を招く一因になっている、と指摘される。このような背景から、国家契約の違反にかかわる紛争はいかなる場合に投資保護条約の定める紛争解決手続きを利用できるのか、という問題が注目されるようになった。仲裁裁判にかかわる紛争を制限しようと試みる論者が特に問題としたのは、多くの投資保護条約に含まれる「傘条項」である。従来<sup>⑤</sup>の学説による「傘条項」解釈では、国家契約のいかなる違反も投資保護条約の「傘条項」の違反となり、そのことにより投資家が条約の定める仲裁手続きを利用可能となるからである。かかる背景から、最近の仲裁判例及び学説の中には、従来<sup>⑤</sup>の学説による「傘条項」の解釈を否定もしくは修正しようと試みるものが現れた。

議論の発端となったのは、二〇〇三年八月に下された、SGS対パキスタン事件の管轄権判決だった。この判決は、

スイス・パキスタン投資保護条約に含まれていた「傘条項」について、国家契約の違反が同時に「傘条項」の違反になる、という従来の通説を、訴訟の多発を招くことになるという理由に基づき否定した。この判決での「傘条項」解釈は、その後の判例・学説において、批判された。この判決以降、国家契約のあらゆる違反が同時に「傘条項」の違反となる、という従来の通説的解釈をとった判決もいくつか出されたが、比較的多数の判決は「傘条項」違反となる国家契約の違反行為を限定する、新たな「傘条項」解釈を行った。すなわちそれらの判例は、「国家契約の単なる違反では投資保護条約の「傘条項」の違反とはならない、国家が立法を通じて契約を無効化した場合のように、国家契約の違反行為が一般人には行使できない国家固有の主権的権限 (sovereign prerogatives, puissance public) の行使の結果である場合にのみ「傘条項」の違反が成立する」という解釈を示したのである。<sup>7)</sup> かかる主張は、後に述べるようになって慣習国際法上において国家契約の違反の問題を扱うときにも主張されていた。本稿では慣習国際法上のものも含めて、「国家契約の違反が国際法違反となるには、単なる契約違反ではなく主権的権限の行使を伴う契約違反でなければならぬ」とする主張を便宜的に「主権的行為論」と称しておく。さてこの主張は、なぜ主権的権限が行使された行為にのみ「傘条項」が適用されるのか、そして主権的権限の行使を伴う行為とは具体的にはいかなるものなのか、という疑問を提起したが、判例においてそれらの疑問について詳しい説明は全くなされていない。そのためヴェルデが二〇〇五年に公表した論文において、この「主権的行為論」を詳細に論じたことが、注目される。

本稿の目的は、仲裁裁判への付託の増加問題に対して仲裁裁判所および学説がどのように対応しようとしているのか、を傘条項の解釈問題を中心として概観し、その上でそれらの解釈の中でも有力なものとなりつつある「主権的行為論」が一般的な投資保護条約の「傘条項」の解釈として妥当か否か、を分析することにある。本稿では、まず第一章において、「傘条項」の解釈論争の契機となったSGS対パキスタン事件と、「傘条項」について先の判決とまったく異なる

る解釈をしたSGS対フィリピン事件を整理・検討する。第二章では、先の二つの判決に対する批判の上に「主権的行為論」を主張したヴェルデの論文と、「傘条項」をヴェルデと同じように解釈したより最近の判例を紹介し、この論がどのような根拠に基づいて主張されているのか、について検討する。そして第三章において、先の章で明らかにした根拠を検討して、「主権的行為論」が一般的な「傘条項」の解釈として妥当か否か、という問いに答えたい。

## 第一章 「傘条項」の法的効果をめぐる議論の発端……二つのSGS事件

### (1) SGS対パキスタン事件判決

SGS対パキスタン事件判決は、「他の締約国の投資家による投資に関してなされた約束の遵守を常に保障する」とするスイス・パキスタン投資保護条約一条の規定について、国家契約の違反を同時にかかる条項の違反とする法的効果を持つ条項とはみなせない、とした。この判決は、スイス・パキスタン投資保護条約に限って、このような解釈をした。しかし判決において他の投資保護条約における類似の条項との違いを説明しなかったために、この判決における解釈が「傘条項」解釈の一般的先例としてその後の学説・判例に盛んに引用されることになった。この判決はその後の学説・判例によって批判されて、「傘条項」の法的効果をめぐる論争の契機となった。

この事件の原告はスイス籍の企業SGSであり、被告はパキスタン政府である。原告であるSGSはスイスに本拠を持つ多国籍企業で、世界各国においてさまざまな事業を展開している。原告は被告であるパキスタン政府と一九九四年に契約（船積前査察契約：pre-shipment inspection contract）を結び、パキスタンに輸出される物品の査察業務を代行していた。この査察業務の目的は、パキスタンへの輸出品を前もって確認することによって関税業務の円滑化を図ることであった。業務の内容は、主にSGSが船積み前の商品の内容を確認して、その商品に応じた適切な関税割合を算出

し、その上で関税に関する情報をパキスタンの関税当局へと通知することであった。問題とされた船積前査察契約には五年の期限が規定されていて、その期限は契約当事者の反対が無い限り自動的に更新されることになっていた。一九九四年に締結した契約は、一九九五年一月一日付けで発効した。その後、契約義務の履行をめぐる両者間に争いが生じ、一九九六年一月二日にパキスタンは、翌年三月一日をもって契約を終了させる旨の通知を行った。<sup>8)</sup> 契約には、契約発効から一年が経過し、それまでの他方の当事者の契約履行状況を評価した上で、両当事者は三ヶ月の予告期間の後に、いつでも契約を終了させることが出来る旨の規定があった。

契約終了通告の後、当該契約の両当事者およびSGSの本国であるスイスの三者間に交渉がもたれたが、問題の決着にはいたらなかった。問題となった船積前査察契約には紛争解決手続きとして、パキスタンのイスラマバードで同国の仲裁裁判規則に基づく仲裁裁判が予定されていたが、一九九八年一月二日にSGSはスイスの国内裁判所に訴えを提起した。訴えの要点は、SGSは契約に基づく業務を誠実に履行してきており、パキスタンによる契約終了行為は違法である、というものであった。スイスの国内裁判所では、第一審が契約の仲裁裁判条項に照らしてスイスの裁判所の管轄権を否定し、上級審が主権免除の原則に基づいて訴えを棄却した。SGSの動きに対して、パキスタン政府は契約に含まれていた仲裁裁判条項に基づき、パキスタンのイスラマバードでの仲裁裁判所の設置を求めた。パキスタンの国内法である仲裁規則によると、パキスタンの上級民事裁判所 (senior civil judges) が仲裁裁判所の裁判官を任命することになっており、同国は仲裁裁判官の任命を求めて手続きを開始したのである。SGS側はこの動きに対して、スイス・パキスタン間の投資保護条約に定める投資紛争解決国際センターの仲裁手続きの利用をパキスタンに求め、二〇〇一年一〇月に同条約の仲裁裁判条項に基づいて投資紛争解決国際センター (ICSID) の仲裁手続きに事件を付託した。

パキスタン政府はICSID仲裁手続きの管轄権を争った。パキスタン政府は、本件における紛争が専ら両当事者間

の契約にかかわるものである以上、問題とされる船積前査察契約が定める紛争解決手続きが優先されるべきである、と主張した。ICSIDの仲裁は二〇〇三年八月六日に管轄権判決を下し、条約違反の問題には管轄権を持つが、条約違反の問題には管轄権を持たないと判示した。この事件は二〇〇四年に当事者間の和解により問題が解決されたために、本案判決は下されていない。

ICSID仲裁手続きの管轄権段階で最も争われた点は、スイス・パキスタン投資保護条約の第一条の規定である。第一条は次のように定めている。

いずれの締約国も他の締約国の投資家による投資に関係してなした約束の遵守を常に保障しなければならぬ  
5. (Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.)

この条項について、原告であるSGSは、「あらゆる契約上の請求を二国間投資保護条約の違反の請求へと引き上げる (elevate) ものだ」と主張した。パキスタン政府は、同条項はあくまで二次的 (second order) なものであり、船積前査察契約により定められた紛争解決手続きが、一次的 (first order) なものとなる、と主張した。<sup>10</sup> つまり同条項の適用対象となる契約違反は、一次的な、すなわち船積前査察契約で定められた紛争解決手続きの場において認定された契約違反のみに限られる、という主張であった。パキスタンはさらに、仮にSGSによる同条項の解釈が正しいとしても、船積前査察協定に定められた紛争解決手続きが特別法として二国間投資保護条約の一般的諸条項に優位するために、投資保護条約の紛争解決手続きは利用できない、<sup>11</sup>と主張した。

仲裁裁判所の管轄権判決は、第一条の解釈に関して、原告・被告のいずれの見解をも取らなかった。判決は、第一条の「文言の通常の意味」及びその「目的」に従い解釈すれば、原告の主張を受け入れらるべき説得力のある根拠を見出しえなかった<sup>12)</sup>、と述べる。判決は、「遵守を常に保障しなければならない」という文言には、「締約国の新たな国際法上の義務を創設する」意図があつたとは見受けられない<sup>13)</sup>、というのである。さらに判決は、第一条の「約束（commitments）」という文言に着目し、これには「法人としての国家自身、その各事務機関、下部機関（地方自治体）」など、国家責任法上その行為が国に帰属する全ての者との「約束」が含まれる、とし、それはこの条項の適用範囲がほぼ無限に広がることを意味している、という。判決は、まず国家契約の違反はそれ自体では国際法違反とはならない、という一般国際法上の原則、そして第一条の適用範囲が極めて広範囲に及ぶために、原告が主張する同条項の解釈が導く法的な帰結が締約国に課す負担、この二点を考えるならば、「原告には明白で、かつ説得力のある証拠を提示する義務がある」とする。裁判所は、補助的な理由として他に二つの点をも指摘している。まず一つには、全ての契約違反が条約違反となるなら、投資保護条約のその他の条項が事実上意味の無いものとなる点、さらに二つ目としては、第一条の条項が、条約の中で最後の方に位置しており、紛争解決に関する規定よりも後に置かれていることから、実体的義務を課しているとは思えない、という点である<sup>15)</sup>。判決は最終的に、原告がその主張を裏付ける「明白で説得力のある証拠」を提示しなかつたとして、原告による第一条の解釈を退けている。このように本件仲裁裁判所は、「傘条項」を通して投資保護条約に基づく紛争解決手続きにあらゆる紛争が付託されれば、訴訟が多発し、それによって各国に過大な負担を負わせることを危惧した。この危惧こそが、当該事件において「傘条項」の法的効果を極めて厳格に考察し、事実上その法的効果を否定する見解を裁判所に取らせた事実上の理由であるといえる。

SGS対パキスタン事件の仲裁裁判所は、スイス・パキスタン投資保護条約の条文の解釈に限る立場を堅持したが、



他の多数の投資保護条約の類似規定と本件で問題となった条項との違いをなんら指摘しなかった。そのために、類似の条項の解釈が争われている仲裁裁判で本件判決が先例として盛んに引用され、注目された。その後の仲裁判例・学説は何らかの形でこの判決に言及するが、それらのほとんどは、この判決の「傘条項」解釈を批判している。その批判の要点は、SGS対バキスタン事件判決での解釈に従えば、多くの投資保護条約に含まれる同種の条項はその法的価値が存在しないことになる、これは条約の規定は意味のあるように解釈しなければならない、という条約解釈の原則に反している、というものである。また、条約締約国であるスイスからも批判がなされ、この判決の權威を落とすことになった。SGSの本国であるスイスは、この判決の直後にICSIDの事務局宛で次のような書簡を送っている。

スイス政府は二国間投資保護条約の第一条に関してICSIDの仲裁裁判所が下した判決について重大な懸念を有しております。仲裁裁判所が、この条項起草時の締約国の意図に極めて重きを置いているのに、……、第一条の意味について締約国の見解をなんら調査しなかったことに疑念を持っております。またスイス政府は、仲裁裁判所が第一条の意味に与えたきわめて狭い解釈に危機感を持っております。その解釈は条約締結時のスイスの意図に反するだけでなく、他の諸国により締結されている投資保護条約の同種の条項の意味や、学者による解説にも支持されておられません。……スイス政府の見解では、……約束（commitments）の違反は二国間投資保護条約の紛争解決手続きに服すべきものであります。<sup>16</sup>

このような批判の中で最も注目されたのは、この判決の五カ月後に下されたSGS対フィリピン事件判決であろう。

(2) S G S対フィリピン事件判決

S G S対フィリピン事件の原告は先の判決と同様にスイスの企業S G Sで、被告はフィリピン政府である。事実関係は先の判決ときわめて類似している。S G Sはフィリピン政府との間に船積前査察契約を結んでいた。一九八五年に最初の契約が結ばれ、契約は自動的に更新されて、一五年にわたってS G Sがフィリピンの関税業務に携わった。しかしながら、二〇〇〇年三月三十一日、なんらの理由も付されることが無く契約の継続が打ち切られた。二〇〇二年四月二四日、スイス・フィリピン投資保護条約の仲裁裁判条項に基づいて、S G Sはフィリピン政府を相手取ってICSIDの仲裁手続きを利用する訴えを提起した。スイス・フィリピン投資保護条約には、先のスイス・パキスタン投資保護条約と同様に、約束の遵守を確保する、いわゆる「傘条項」が含まれていたために、その条項の解釈について当該仲裁裁判所がどのような見解を示すのかが注目された。

問題となったのは、スイス・フィリピン投資保護条約の第一〇条二項である。一〇条二項は次のように定めている

各締約国は、他の締約国の投資家とその領域内で行った特定の投資の関連して負ったあらゆる義務をも遵守しなければならない。(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.)

仲裁裁判所は、締約国が負う義務を遵守することが、この条項の内容であることは文言上明白である、と述べる。そして判決は、この結論がS G S対パキスタン事件でなされた同種の条項の解釈と対立していると述べる。さらに続けて、先の事件で用いられたスイス・パキスタン投資保護条約一条の文言が、本件の一〇条二項よりも曖昧であると指摘は

するものの、「SGS対パキスタン事件の仲裁裁判所が『傘条項』にきわめて狭い解釈を与えた理由を考察しておくことが適切であろう」と仲裁裁判所は述べて、先の判決において解釈の理由とされた諸点を批判している。<sup>18)</sup>

まず、第一点としてSGS対パキスタン事件判決は、「傘条項」で保護の対象となるものが極めて広範囲に及びうるために、それらの義務の違反が全て投資保護条約違反となるのであれば、それは締約国に過大な負担を課すことになる」と述べていた。この問題点に対して、SGS対フィリピン事件判決は、この点について、問題とされた規定の対象は、「法的な義務」に限られ、しかも「投資に関連してなされた約束」に限定されており、国内法上の紛争を全て国際的な平面上に引き上げるものではない、と反論している。第二点としてSGS対パキスタン事件判決が、契約違反はそれ自体で国際法違反とはならない、という一般国際法上の原則を根拠としていた。この点に対して、SGS対フィリピン事件判決は、本件はあくまで特別法である条約の解釈の問題であつて、一般国際法上の原則から推定を導くことは出来ない、と反論している。第三点としてSGS対パキスタン事件判決は、「傘条項」をとおして契約上の紛争が全て投資保護条約の紛争解決手続きを利用できることになれば、国家契約に定められている契約自体の紛争解決規定の意味が失われる点に懸念を表明していた。この点について、SGS対フィリピン事件判決はその懸念そのものには賛成するものの、その懸念は条約規定の解釈に影響するものではない、と反論している。第四点としてSGS対パキスタン事件判決が、問題となった条項が条約の終わりの方に規定されていたことを根拠としていた点に対して、SGS対フィリピン事件判決は「規定の位置は決定的なものではない」と反論している。<sup>19)</sup>

本件の仲裁裁判所は、SGS対パキスタン事件の仲裁裁判所が「傘条項」にいかなる法的意味づけも与えなかった点を批判し、スイス・フィリピン投資保護条約の一〇条二項によって、国家が投資化との契約上の義務を遵守しないことは、投資保護条約上の義務違反となる、<sup>20)</sup>という解釈を明白に述べた。

「傘条項」の解釈にはかかわらない問題であるが、SGS対フィリピン事件判決は別の理由から本案審議に進まなかった。SGSとフィリピン間の船積前査察契約はフィリピンの国内裁判所を紛争解決機関として指定していた。判決は、投資保護条約に基づく仲裁裁判所も当事者間のかかる契約規定を尊重しなければならない、と述べて、フィリピン国内での紛争解決が尽くされていないので、投資保護条約に基づく請求は受理可能性を満たしていない、と判示した。ただ、訴えそのものを却下するのではなく、フィリピン国内での訴訟が終了するまで、投資保護条約に基づく訴訟が「継続中である（pending）」という見解を示した。「傘条項」により仲裁を利用する訴訟が急増するという問題に対して、本件仲裁裁判所は、「傘条項」の解釈そのものではなく、国家契約中の紛争解決規定を尊重することによって、別の側面から問題の事実上の解決策を示した、といえる。

## 第二章 最近の判例・学説における「傘条項」解釈としての「主権的行為論」

(1) 傘条項の適用を「主権的権限」の行使を伴う国家契約違反に限る最近の諸判例

二つのSGS事件判決の後、いくつかの判決において傘条項の解釈・適用がなされた。それらの判例の中で次に掲げるものは、「傘条項」の適用対象を「主権的権限」の行使を伴う契約違反に限った。

二〇〇四年八月六日に判決が下されたJoy Mining Machinery対エジプト事件では次のように述べられている。「仲裁裁判所は、全ての契約、そして多くの投資保護条約の文言がそれぞれ異なっているために、この問題に対する解答はそれぞれの事件に固有のものにならざるを得ない点に留意する。しかしながら、紛争の商業的な側面と、関連する契約の実施に国家が何らかの形で干渉する側面とは、一般的に区別できる」<sup>21)</sup>「投資保護条約に挿入されている傘条項が、あらゆる契約紛争を、条約の下での投資紛争へと変質（transform）させるとは考えられない」<sup>22)</sup>。そして「傘条項」が適用さ

れるには、契約の違反行為に条約の保護を必要とするだけの重大性が無ければならない、という見解を示している。

二〇〇四年一月九日に判決が下された *Salini* 対 *イタリア* 事件では、「傘条項」の解釈に限らず、投資保護条約の条文全てに適用される一般的な原則として、国家契約の違反行為が投資保護条約の違反になるには、国家の公権力の行使を伴うものでなければならぬ、という解釈が示されている。「国家が投資化との関係において通常の契約当事者として振舞っているならば、別の考慮が必要になるだろう」。「二国間条約の下で義務を負っているのは、契約当事者としての国家ではなく、主権的権限（公権力）を行使する国家のみなのである。そして、条約の下で負っているかかる義務に違反する形で国家が振舞った結果として損害を受けたと証明できない限り、投資家は、国家の行為によりこうむった金銭的な結果に対する賠償を求めるために、投資保護条約を用いることは出来ないのである」<sup>24)</sup>。

二〇〇五年四月二二日に判決が下された *Impregiolo* 対 *パキスタン* 事件も、投資保護条約の規定一般に妥当する原則として、次のように述べている。「契約の違反が二国間投資保護条約の違反となるには、それは通常の契約当事者が取りうるような範囲を超えた行為の結果で無ければならない。二国間投資保護条約の下で義務を負うるのは、主権的権限（公権力）を行使する国家であって、契約当事者としての国家ではないからである」<sup>25)</sup>。この判決は、ここで引用した箇所に、国家契約の違反にかかわる慣習国際法上の国家責任の問題を論じたシユウエーベルの論文のみを注で引用しており、それ以外にはこの解釈の根拠について何も示していない。

以上のもの以外にも、いくつかの判例で「主権的行為論」<sup>26)</sup>と類似した見解が見られる。これらの判例は、「主権的行為論」の根拠を詳しくは述べていない。また「主権的行為」の具体的内容も明らかにされていない。そのため判例で示されている「主権的行為論」の根拠や具体的な適用基準について関心が集まるようになった。次にあげるヴェルデ論文は、上記の判例で述べられる「主権的行為論」について、詳細に述べた初めての論文である。

## (2) ヴェルデ論文：「当初の意図 (original intentions)」に基づく「傘条項」解釈

ヴェルデは二〇〇五年の世界投資貿易雑誌に「投資仲裁における『傘条項』」と題した論文を寄稿した。その論文においてヴェルデは、これまでの諸説を批判する。まず「傘条項」があらゆる契約違反を条約の違反として取り上げる効果があると見る見解には、数え切れない数の通常の契約紛争を投資保護条約に基づく仲裁に付託させる道を開くものだ、と批判する。彼は、このような莫大な数の仲裁裁判は投資保護条約の締約国が予想しておらず、そのような解釈は、法的にもかつ政治的にも正当化し得ない、と述べる。次いでSGS対バキスタン事件判決での見解については、「傘条項」になんらの役割も認めないことになる、と指摘する。ヴェルデはSGS対バキスタン事件判決について、説得力のある貢献は何もなかったが、「傘条項」により訴訟多発が起こりうることへの警告をなした、と述べている。SGS対フイリピン事件判決については、国家契約が定める紛争解決手続きに優先権を与えれば、国家契約で通常求められる国内裁判所での処理が優先されることになり、これは投資保護条約が排斥してきた国内的救済完了原則の復活になる、と批判する。

以上の説に代えてヴェルデが主張するのが、国家が主権の権限を行使して国家契約に違反した場合にのみ「傘条項」の違反が成立する、という「主権的行為論」である。ヴェルデはこの主張の根拠として、「傘条項」を投資保護条約に導入した諸国の「当初の意図 (original intentions)」を重視する。

「傘条項」は、一九五〇年代末に民間で作成されたモデル投資保護条約において考え出され、一九六三年のOECDによる草案で規定されるにいたって、諸国に広く受け入れられるようになった。ヴェルデは、諸国が締結する投資保護条約に「傘条項」が導入され始めた当時、二つの前提があったことをはっきり認識しなければならない、と述べる。すなわちその前提とは、第一に、投資家個人ではなく、国家の外交的保護が紛争解決手続きとして想定されており、国家

が取り上げる請求を選別する機能を果たす予定であった点、第二に、問題とされていた政府行為は、政府がその権力を行使して契約に干渉する行為であり、単なる契約違反に伴う商業的紛争ではなかつた点である。

ヴェルデは、初期の諸条約（草案）が、紛争解決の手續きとして、投資家個人による仲裁ではなくて、投資家の本国による外交的保護を前提にしていた事実を指摘する。

当初の合意遵守条項は、契約に関して政府が行つた取用行為に対して、投資家個人ではなく、国家が設立予定の仲裁機構（後にICSIDとなる）に請求を提起することが前提となつていた。当時の支配的であつたこの考えは重要であるが、現在適切に評価されていない。（紛争解決手續きとして）国家間の仲裁裁判のみが存在するならば、政府が重要な「選別（screening）」機能を行使しえた。われわれが北米自由貿易協定（NAFTA）に関連して認識したように、政府が自国民の投資家の請求を取り上げることに積極的ではない事実は当時よく知られていた。政府は私人の請求から何を（国家間の外交的保護として）取り上げるのかを決定することができる。外国人投資家に対して政府権力が乱用されていない通常の商業紛争を政府は取り上げようとはしないだろう。今日の投資仲裁には、かかる選別機能が存在していないのである。<sup>⑩</sup>

また、ヴェルデは、当時の国家契約の違反に関する議論が、取用や国有化の議論の一環としてなされており、国家契約の解釈のみを争う純粋な私人の商業紛争を外交的保護の対象として取り上げる議論ではなかつた、と指摘する。

当時の議論で対象となつていた政府行為は取用としての性格を持つものであつた。「傘条項」を誕生させた背

景である、一九五〇年代および一九六〇年代の議論は、商業的な法律違反ではなく、コンセンションのような長期的な契約から逸脱する政府行為を対象としていた。<sup>(31)</sup>

そしてヴェルデは、投資保護条約の「傘条項」が一九五〇年代および一九六〇年代における慣習国際法を投資保護条約に導入しようとしたものだ、という結論的見解を示す。

当時の慣習国際法の状況、そして（慣習国際法上の）合意遵守原則が「合意遵守条項（傘条項）」という形で投資保護条約に導入されたことを考察すると次のようなことが示される。契約にかかわる紛争が、単に商業的なもしくは契約法的な要素しか示さない場合には、国際法の対象とは決してならない。このような紛争には政府の権力行使が含まれていない。政府権力の行使こそが、慣習国際法、さらに言えば、投資保護条約の背景にある意図が対象としたものである。……投資保護条約への傘条項の導入は慣習国際法をより明確にするためのものであった。それは慣習国際法の「漸進的発達」ではなく、外国人と政府機関が当事者となるあらゆる契約上の紛争を、国際法のそして条約に基づく仲裁の場へと引き上げるようなものではなかったのである。<sup>(32)</sup>

ヴェルデは、「傘条項」が誕生した一九五〇年代および一九六〇年代に諸国が有していた「当初の意図」は、当時の慣習国際法が対象としていた、主権的権限の行使を伴う取用的な性格を持つ契約違反のみを条約の当該規定の対象とするものであった、と主張する。そして、投資保護条約が国家の外交的保護に変わって投資家個人を当事者とする仲裁裁判を紛争解決手続きとして規定したことが、「傘条項」が誕生した当時に諸国が想定していなかった問題を発生させた、



とヴェルデは考える。ヴェルデは、この要因によって発生した問題（訴訟の多発）こそが、「二つのSGS事件判決、及びこの論文が考慮の対象とした鍵なのだ」と述べている<sup>(33)</sup>。ヴェルデは論文の最後の箇所、従来一般的であった、全ての契約違反が条約違反となるという解釈に触れて、その解釈が訴訟の洪水を引き起こす、と批判する。それで、「このような訴訟の洪水をコントロールすることが、実利的にも、政治的にも、そして法的にも必要とされているのだ」と述べて、彼が提示する「主権的行為論」には従来の原理主義的な解釈と比較して重要な実利性がある、と述べている<sup>(34)</sup>。

### 第三章 「主権的行為論」の「傘条項」解釈としての妥当性

「主権的行為論」が一般的な「傘条項」の解釈として妥当であるかいなか、を考慮するに当たって、とりあえず検討の対象とするものを、ヴェルデの学説に絞りたいと思う。なぜなら、「主権的行為論」に類似する見解を示した諸判例は、その解釈に根拠を示していないために、検討を加えることが出来ないからである。Impregio対パキスタン事件判決は、契約違反と慣習国際法上の国家責任を論じたシュウエーベルの論文を注で引用している。その点だけをみれば、この判決は慣習国際法上の議論が、投資保護条約の「傘条項」解釈にも流用できると考えていたようにも思われるが、その点についてどのような説明もなされていない。

さて、ヴェルデ論文は今日の問題状況の背景を適切に説明している。それは、投資保護条約の「傘条項」が包括的であまいな文言を用いている点について、まず「傘条項」およびそれを含む投資保護条約の諸条項の文言が、基本的には一九六〇年代前後に確定していたこと、そしてそれらの条約が紛争解決手段としては国家による外交的保護を前提としていて、それゆえに実際には国際的請求として取り上げるべき紛争を国家が選択できたことを背景として説明する。そして今日、訴訟が多発するようになった背景として、投資保護条約がその紛争解決手段として、国家による外交的保

護に代わって、投資家個人を当事者とする仲裁裁判を選択したことを指摘している。

そして、ヴェルデは投資保護条約の「傘条項」の基本的形態が成立した一九六〇年代前後において、「傘条項」を投資保護条約に導入した諸国が条約締結の前提として有していた、「当初の意図」を、同条項の解釈の根拠として重視する。ヴェルデの主張するところでは、諸国が有していた「当初の意図」では、「傘条項」は当時の慣習国際法を法典化した規則であって、慣習国際法に何らかの新たな要素を加える漸進的発達の規定ではなかった。この「当初の意図」に基づく条約解釈には、少なくとも二つの問題点が指摘できる。一つ目は、そもそも一九五〇年代及び一九六〇年代に諸国がヴェルデのいうような「当初の意図」を有していたのか、である。二つ目は、仮に「当初の意図」が存在したとしても、今日の投資保護条約の解釈に四〇年以上前の「意図」が用いられうるのか、である。

#### (1) 「当初の意図」の存在自体に対する疑問

「傘条項」を投資保護条約に導入した諸国が、当時のつまり一九五〇年代および一九六〇年代の慣習国際法を法典化する意図を有していた、という主張には、一つの重要な問題が存在している。それは、当時、国家契約の違反をめぐる国家責任の議論は、激しく対立していた点である。先進諸国出身の学者のなかでも、国家契約の違反を国際法上どのように位置づけ、いかなる場合に国家が責任を負うのかについて統一的な見解は存在していなかった。むしろ、慣習国際法によるだけでは、私人と外国国家との間の契約を十分に保護することができず、条約により国家契約を保護することが必要だと考えられたことが、「傘条項」が条約に導入された経緯なのである。

「傘条項」が投資保護条約に導入されるようになった歴史的経緯の詳細は、アンソニー・シンクレアによる「投資保護に関する国際法における傘条項の起源」<sup>(35)</sup>と題する最近の論文が明らかにしている。シンクレアによると、「傘条項」

に類する考え方の起源は、一九五三年末および一九五四年初頭に、エリユー・ローターパクトがアングロ・イラニアン会社に対して行った法的助言の中に見出される。その後エリユー・ローターパクトがその作成に深く関与した、投資保護に関する条約の民間試案である、一九五九年の「アブス・シヨウクロス草案」に「傘条項」は導入された。一九六二年および一九六七年の「外人財産の保護に関するOECD条約草案」は、このアブス・シヨウクロス草案を基本的に踏襲して作成され、そこにも「傘条項」が受け継がれた。今日世界各国が締結している投資保護条約の多くの条項の文言は、この「アブス・シヨウクロス草案」および「OECD草案」を参考にして作成されている。実際、「各締約国は他の締約国の国民によりなされた投資に関連してなした約束の遵守を常に保障するべきである」と規定しているアブス・シヨウクロス草案第二条は、今日の多数の投資保護条約の「傘条項」の文言と極めて類似している。

それでは、この初期の条約草案に関与した専門家たちは、「傘条項」の適用範囲についてどのように考えていたのだろうか。シンクレアによると、エリユー・ローターパクトは、一九五七年四月一七日付の個人的なノートの中で、「政府が政策を総合的に勘案した上で行動がとることを必要だと考えた場合には」、比較的小規模の紛争であっても政府がそれを取り上げる自由が残されているほうが、会社にとって利益となるであろう、と記している。「アブス・シヨウクロス草案」には作成に関与した多数の専門家により解説が付されている。そのなかでもメツガーは、「契約のあらゆる不遵守がこの条約草案の違反となる」と述べている。シユワルツェンバーガーは「約束の違反が主張されるような場合には、主張されるあらゆる作為不作為が条約違反となる可能性があり、それゆえに条約草案の定める仲裁手続きに付託が可能な紛争に該当する」と述べる。<sup>38)</sup>

以上のことから、少なくとも初期の条約草案の作成に関与した専門家の間では、「傘条項」を小規模の契約違反にも適用することを想定している見解が散見され、「傘条項」の適用範囲を主権的権限の行使をとまなう違反に限定する意

見が一般的であったとはいえない。

(2) 「当初の意図」を今日の投資保護条約の解釈の根拠とすることに対する疑問

ヴェルデの議論には、もう一つ大きな問題点が存在している。今日有効な投資保護条約のほとんどは、投資家個人が当事者となる仲裁裁判手続きを条約で規定するのが一般的になった一九八〇年台後半以降に締結されている。ヴェルデがいうような前提が「傘条項」に存在するならば、なぜ投資家個人が訴権を有する今日の投資保護条約において「傘条項」になんらの制限も加えられていないのだろうか。

さらに、「アブス・ショウクロス条約草案」以降、投資保護条約の「傘条項」について書かれた文献のほぼすべてが、「あらゆる契約違反が条約の当該条項の違反を構成する」と述べてきているにも拘らず、国家は「傘条項」の適用範囲を制限しようとする試みをいかなる場においても示してこなかったのである。

「傘条項」が投資保護条約に導入されるようになった当初、確かにヴェルデが言うように、国家の外交的保護が紛争解決の手段とされていた。そして、当時諸国は、自国民が外国政府と結んだ契約にかかわる紛争に介入することには消極的であり、投資受入国が主権的権限を行使していない、単なる契約違反を争うように比較的小規模の紛争の場合には、国家は外交的保護権を行使していなかった。これらのことは事実である。しかしながら、当時存在した条約の社会的背景は、もはや今日では妥当していない。国家に代わり、投資家個人が仲裁裁判所を利用するようになったのである。ヴェルデがいうように、主権的権限を行使する契約破棄のみが対象とされている、という意識を条約締結諸国が今日でも有しているとするならば、なぜ諸国は近年締結した条約にその意思を明示していないのだろうか。

### (3) 「主権的行為論」と国内救済との関係

二つめの議論、すなわち一九六〇年代に存在したとされる「当初の意図」を今日の投資保護条約の解釈に用いることが妥当であるか、という問いに関連して、さらに一つ検討すべき問題点がある。それは国内裁判所の位置づけの問題である。ヴェルデは、投資保護条約の「傘条項」が一九六〇年代前後の慣習国際法をそのまま条約規定に導入したものだ、という見解を有していた。この点に関して、ヴェルデが依拠した慣習国際法上の「主権的行為論」が実質的には国内裁判所による救済の可能性の有無という基準と密接に結びついて成立していた点を、まずは指摘しておく。そして、その慣習国際法に対して、今日の投資保護条約が国内裁判所を利用せずに直接に条約上の仲裁裁判手続きを利用すべきことを求めている点を指摘しておきたい。

#### (i) 慣習国際法における「主権的行為論」の根拠

国家契約の違反に関して、国家が慣習国際法上いかなる責任を負うのか。この問題については今日に至るまで、さまざまな議論がなされている。<sup>40</sup>ただ多数説によれば、国家契約であっても、それはあくまでも私人と国家との契約であって、それ自体は国際法上の条約ではない、それゆえ国家契約は国際私法により決定される準拠法によりその効力及び違反に対する責任が決定される、と説明される。したがって、国際公法の観点からすれば、国家契約の違反それ自体は国際法違反とはなりえない。しかしながら、その契約違反行為が事実として国際法上の取用に該当する場合には補償の支払いが国家に義務付けられるし、また契約違反の後に国内の裁判所で適切な救済が与えられなかったならば裁判拒否の考えに基づいて賠償を請求される。

ヴェルデは一九五〇年代及び一九六〇年代まで、諸国は、自国民の持つ契約上の権利に関して、他国が立法などの国

家には行使できない主権的権限を行使して契約を無効化した場合にのみ外交的保護を行使し、それに対して契約の単なる違反に関しては外交的保護を行使してこなかった、と指摘する。この説は、当時の多くの学説及び判例で確認できる<sup>41</sup>。たとえば、一九二九年にハーグで開かれた国際連盟による国際法典化会議に提出された「討論の基礎」には、「国家によって認められたコンセッション、もしくは国家との間の契約に基づく外国人の諸権利を直接に害する法律の制定の結果として、外国人がこうむった損害に対して国家は責任を負う」という一箇条が存在した。ダンも、国家が契約の当事者として行動する場合と、主権的権力として行動する場合が区別されなければならない、と述べている。このほかにも多数の学説がこの区別を支持しており、それらの説をブラウンリーは次のようにまとめている。「一般的見解によると、契約の違反は（没収的な無効化とはことなり）国際的平面において国家の責任を生み出さない。この見解によると、国家がその執行的もしくは立法的権限を用いて契約上の諸権利を破壊したならば、その行為は取用に該当することになる」<sup>44</sup>。

国家が単に契約上の義務を履行しないことだけでは、国際法上の責任は発生しない。それは国家契約が通常国内法の下に服するものだからである。それならば、なぜ立法的もしくは執行的権限を用いて契約に違反した場合には、国家の責任が問われるのだろうか。国家契約の違反が、結果として国際法違反となる可能性については、これまでに二つの見解が存在している。一つは契約違反行為を国際法上の違法行為である「裁判拒否」の一つとみなす見解であり、もう一つは契約上の諸権利を財産権の一種と考え、契約違反には国際法上補償が義務付けられ、補償を支払わないならば国際法違反になる、とみなす見解である。

まず国家契約の違反を「裁判拒否」の観点から論じる見解では、次のように説明される。

国家が外国人との契約に違反し、それに関する実効的な司法的救済を与えない場合、契約違反がそれ自体国際法違反を構成しないという伝統的立場においても国家の国際責任が発生するとされる。たとえば、国家が立法行為によって一方的に外国人との契約を変更ないし取消す場合、国家の当該立法行為に対する国内的な司法的救済（local judicial remedies）が存在しない。したがって、国家が外国人に対して契約の破棄ないしその申し立ての決定のための真性な司法的手続きへの実効的な訴を拒否する場合、裁判拒否としての国際法違反が存在するという事について学説上合意が存在するといわれる。<sup>46)</sup>

また裁判拒否以外にも、契約上の権利が国際法上保護の対処となる財産権であるとみなされれば、<sup>46)</sup> 国家が契約の破棄をすることは収用であるとされ、国際法上補償の支払いが義務付けられる。補償を伴わずに契約を破棄すれば、それは国際法上違法であると見なされうる。この場合、どの時点で契約違反が収用となるのが問題となる。それは、国際法上補償が義務付けられる収用は、その性格上財産の剥奪が一時的なものではなく永続的なものである必要がある。<sup>47)</sup> 行政当局が外国人財産を剥奪したとしても、それが行政の下部機関による恣意的な行為に過ぎず、国内の裁判所で救済を与えられる可能性が存在すれば、まだ財産の剥奪が永続的なものとはいえない。したがって、国内の裁判所で救済を求める可能性が事実上亡くなった時点で、初めて収用の存在が認定されることになる。この点については最近の Generation Ukraine 対ウクライナ事件判決においても、投資家が国内当局に救済を求める行為をとっていないならば、「収用に等しい行為」という現実の存在そのものが疑わしいものになる<sup>48)</sup>と指摘されている。したがって、契約の違反が国際法上の収用に該当し補償が義務付けられる、という見解においても、国内裁判所における実効的な救済の可能性が大変重要な認定基準となる。そして、国家が主権的権限を行使し、契約を無効にする法律などを作成した場合には、その時点で国内

の裁判所で救済を与えられる可能性が事実上存在しないことになるために、その立法の時点で国際法上補償が求められる取用行為が成立すると考えられる。

このように主権的権限の行使が、通常の契約違反と区別されるという見解の根拠は、実効的な国内的救済の有無にある。アメリカシングは、主権的権限の行使が区別される、という見解について、次のように述べている。

この区別は、国家が主権的権限を行使する形で行動する場合には、自国の司法手続きに国家が服さないことが一般的であり、国家がその（契約上の）義務から逃れうるのに対して、国家が私的な資格で行動する場合には、国内の裁判所において救済を与えられるのが一般的である、という考えに基づいている。<sup>49</sup>

契約の破棄を、裁判拒否と見なすのか、それとも補償を伴わない取用と見なすのか、いずれの説明によったとしても、主権的権限の行使を伴う契約破棄が特別な扱いを受けている理由は、国内裁判所における実効的な救済の可能性という基準に根ざしていたのである。

(ii) 投資保護条約上の仲裁手続きと国内救済手続きの関係

以上のように慣習国際法上、国家が主権的権限を行使してなした契約違反と通常の契約違反とを区別する論者の多くは、実効的な国内救済の可能性に根拠を置いて、かかる区別を主張していた。それでは、今日の投資保護条約およびそれが紛争解決機関として主に想定している投資紛争解決国際センター（ICSID）において、条約に基づく仲裁裁判と国内的な救済との関係はどのように捉えられるのだろうか。



この点につき、ICSIDが設立された経緯と多くの投資保護条約の規定を考えれば、投資家個人を当事者とする仲裁裁判への付託に当たって、国内裁判所に先に救済を求めることは必要とされていない場合が多いと指摘できる。

ICSIDが成立した歴史的背景は、次のように説明される。ICSIDの仲裁裁判は、先進国が主張する外交的保護の権利と、それに対する反発として中南米諸国により唱えられた国内裁判所重視の見解の妥協の産物であった。先進国による外交的保護が時には過剰な内政干渉につながっていた問題、そして中南米諸国の国内裁判所が時には腐敗し、不正もしくは不効率な紛争処理機関となっていた問題、この二つの問題が、ICSID誕生の要因に含まれていた。それゆえ、投資紛争解決条約において、ICSIDの仲裁裁判に付託が可能な紛争について諸国は外交的保護権を放棄することを約束し、その代わりにその仲裁に付託される紛争については国内救済の前置を原則求めないことになった。<sup>50)</sup> シュレウアーがいうように、「投資家と国家との間の仲裁は、国内裁判所の活用を避けることがその目的の一つであった」<sup>51)</sup>のである。

またICSIDの仲裁手続きは、投資家個人が直接に国内法上もしくは契約上の権利を請求できるように保証されたものである。つまり、契約違反が国際法に違反するものであるのかいなか、という複雑な理論的問題をICSIDの仲裁裁判は直接には取り上げずに済むようになっていいる。その点からすると、国家契約の違反が国際法違反でなくても、つまり先に述べた裁判拒否や取用に該当していても、契約違反の存否そのものをICSID仲裁手続きを通して投資家個人が争いうるようになっていいる。ICSIDに代表される投資家個人を当事者とした仲裁手続きは、投資家入国の国内裁判所に代わる紛争解決機関として位置づけられたという側面をも持つのである。そのため現在のところ、投資紛争解決条約が加盟国が特に希望する場合には国内的な救済の前置をICSID仲裁付託の条件とできると定めているにも拘わらず、投資家が投資受入国の国内裁判所で先に救済を求めることをICSID仲裁手続き付託の条件とす

る宣言を出している国家は現在の所、存在していない<sup>(52)</sup>。

この考えは今日の多数の投資保護条約にも受け継がれ、それらの条約では国内救済を経ずに条約に基づく仲裁裁判に付託できることになっている。投資保護条約の中には、仲裁付託に先立って一定期間国内での平和的解決を尽くすことを求める規定を設けるものもあるが、そのような規定においては国内での政府との間の交渉もその平和的解決に含まれ、かつ国内での平和的解決の期間が短く、通常数ヶ月ほどしか要求されていない。これは、国内の裁判所での付託及び審議を行うには短すぎる期間であり、かかる規定においても国内救済の完了は事実上求められていないことは明らかである。また国によつては、より積極的に国内裁判所への付託を排除する規定を投資保護条約に設けるものもある。アメリカ合衆国は、その締結する投資保護条約に、いわゆる「分岐規定 (Fork in the Road)」<sup>(54)</sup>と呼ばれるものを設けている。これは投資紛争の解決に際して、国内裁判所か投資保護条約に基づく仲裁裁判かを選択し、そのいずれかを選択した後には他方への事件の付託資格を失うというものである。かつて、同一の紛争に関して投資家が、最終的に自己に有利な判決が出されるまで、利用可能な各国の国内裁判所や仲裁裁判にいくつもの訴えを繰り返すことがあった。これはフォーラム・ショッピングとして、諸国から大変な批判を集めた。アメリカの投資保護条約は、このような複数の裁判所を渡り歩く行為を禁ずるために、いずれかの紛争解決手続きを選択すれば、他の手続きは利用できない、とする規定を設けたのである。この「分岐規定」に従えば、国内裁判所に事件を付託すれば、そのことにより投資保護条約の仲裁裁判へと事件を付託する資格を失うこととなる。したがって、仲裁の付託に先立って国内救済の完了を求める考え方は、少なくともかかる規定を設けている投資保護条約とはそぐわないことになる。

一九六〇年代前後の慣習国際法における国家契約の違反にかかわる「主権的行為論」は、その前提として、前もって投資家が投資受入国の国内裁判所において救済を求める実行が存在した。しかるに今日、投資保護条約に基づいて設立

される投資家個人と国家との間の仲裁裁判は、その付託に先立って投資受入国の国内裁判所で救済を求めることをむしろ積極的に排除している。その点からすると、投資保護条約の「傘条項」が一九六〇年代前後の慣習国際法をそのまま条約規定に導入したものであるというヴェルデの主張は根本的な問題を残しているように思われる。

### おわりに

以上の検討から、現在のところ一般的な投資保護条約の「傘条項」の解釈として、ヴェルデが主張するような「主権的行為論」は妥当ではない、といえる。投資保護条約はそもそも国家による外交的保護を紛争解決手段としていたのに対して、今日の投資保護条約が投資家個人を当事者とする仲裁裁判を紛争解決の手段としている、点に問題の根源を求めるヴェルデの指摘は、訴訟多発問題の背景を分析する上で極めて有益なものである。しかしながら、そうした紛争解決手段をとった最近の投資保護条約においてもなお、諸国が「傘条項」に包括的な文言を用いて、その適用対象を限定していない事実を、ヴェルデは説明できていない。

もちろんこの結論は、「主権的行為論」の立法論としての価値を否定するものではない。投資保護条約の仲裁裁判条項に基づく付託数は近年実際に急増しており、その付託数を抑制する議論が必要とされていることは事実なのである。しかし、現在のところそれを一般的な「傘条項」の解釈として導くことは困難であり、投資保護条約の「傘条項」を改正し、何らかの制限を設けることが訴訟多発の問題に対する解決策であろう。

- (1) UNCTAD, *State Contracts*, 3 (2004).
- (2) Prosper Weil, 'Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un Particulier', 128 *Rdc* 95, 130 (1969).
- (3) 藤田入一『国際法講義Ⅱ（人権・平和）』一七三頁（一九九四）。
- (4) Rodolf Dolzer & Margaret Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, 59 (1995); F. A. Mann, 'British Treaties for the Promotion and Protection of Investments', 52 *B.Y.I.L.* 241, 246 (1981) を参照。
- (5) UNCTAD, *Recent developments in international investment agreements* (2005.8.30), available at: [http://www.unctad.org/sections/dite\\_dtr/docs/webteit/20051\\_en.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite_dtr/docs/webteit/20051_en.pdf)
- (6) Thomas W. Walde, 'The "Umbrella" Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases', 6 *J. World Investment & Trade* 183, 235 (2005).
- (7) 第二章(1)を参照。
- (8) パキスタンの契約破棄に関して、同国内の政治腐敗を追及するスイスでの運動が影響を与えたことの推測もあるが、真実は不明である。
- (9) SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Pakistan, *Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction* (2003.8.6), para.54.
- (10) *Ibid*
- (11) *Ibid.*, para.55
- (12) *Ibid.*, para.167.
- (13) *Ibid.*, para.166.
- (14) *Ibid.*
- (15) *Ibid.*, para.169
- (16) Letter of the Swiss Secretariat for Economic Affairs to the ICSID Deputy-Secretary General (October 1, 2003), 19 *Mealey's International Arb. Rep.* E3 (2004). 原文を入手できなかったが、本稿では Emmanuel Gaillard, 'The Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims - The SGS Cases Considered', in *International Investment Law and Arbitration* (Todd Weiler ed.) 325, 341f (2005). を引用を参照した。
- (17) SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines, *Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction* (2004.1.29), para.115.

- (81) *Ibid.*, para.120/
- (91) *Ibid.*, paras.121–124.
- (20) *Ibid.*, para.128.
- (12) *Ibid.*, paras.136ff.
- (22) Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, *Award on Jurisdiction* (2004.8.6), 19 *ICSID Review* 486, 506, para.72.
- (23) *Ibid.*, 508, para.81.
- (24) Saini Construction S.p.A. and Itastrade S.p.A. v. Jordan, *Decision on Jurisdiction* (2004.11.9), para.155.
- (42) Impregilo S.p.A. v. Pakistan, *Decision on Jurisdiction* (2005.4.22), para.280.
- (29) Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco, *Sentence Arbitrale* (2003.12.22), paras.51, 108; CMS Gas Transmission Company v. Argentine, *Award* (2005.5.12), paras.301f.
- (27) *Supra* note (6), 236
- (28) *Ibid.*, 225.
- (29) *Ibid.*, 226ff.
- (30) *Ibid.*, 192.
- (31) *Ibid.*, 193.
- (32) *Ibid.*, 196.
- (33) *Ibid.*, 195f.
- (34) *Ibid.*, 236.
- (35) Anthony Sinclair, 'The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection', 20 *Arbitration International* 411, 412 (2004)
- (36) *Ibid.*, 429.
- (37) S.D. Metzger, 'Multilateral Conventions for the Protection of Private Foreign Investment', 90 *J. Pub. L.* 133, 137 (1960).
- (38) Georg Schwarzenberger, *Foreign Investments and International Law*, 116 (1969)

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 五八巻二号 五二〇（九六〇）

- (39) *Supra* note (4) の文献を参照。
- (40) 最近の議論については, Lella Lankarani El-Zein, *Les contrats d'état à l'épreuve du droit international* (2001); Charles Leben, 'La théorie du contrat d'état et l'évolution du droit international des investissements', 302 *RdC* 197 (2002) を参照。
- (41) 詳しうして, Stephen M. Schwobel, 'On Whether the Breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law', *ibid.*, *Justice in International Law*, 425 (1994), を参照。
- (42) *Bases of Discussion, Yearbook of ILC* (1956), vol.2, 223.
- (43) Frederick S. Dunn, *The Protection of Nationals*, 165 (1932).
- (44) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (5th ed.), 550 (1998).
- (45) 川岸繁夫「コンセンシオン(国有化)」『神戸学院法学』第九巻一号、七三頁（一九七八）。
- (46) 契約上の権利を国際法上の保護対象とある財産とみなすことには、かつて根強い反対が存在した。反対論については, S. Friedman, *Expropriation in International Law*, 157 (1963), を参照。
- (47) 拙稿「投資保護条約に規定する『収用』の認定基準としての『効果』に関する一考察」『同志社法学』五七巻二号一六頁（二〇〇五）を参照。
- (48) Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, *Award* (2003)9:16, para.20:30.
- (49) Chitharanjan F. Amerasinghe, 'State Breaches of Contracts with Aliens and International Law', 58 *AJIL* 881, 884 (1964).
- (50) 詳しうして Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 390ff (2001) を参照。
- (51) Christoph Schreuer, 'Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration', 4 *Law & Practice of Int'l Courts & Trib.* 1 (2005)
- (52) *Supra* note (50).
- (53) 詳しくは、森川俊孝「NAFTA第一一章仲裁における国際的救済の規則の放棄の意味と範囲」『横浜国際経済法学』第一三巻二号一頁（二〇〇五）を参照。
- (54) Christoph Schreuer, 'Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clause and Forks in the Road', 5 *J. World Investment & Trade* 231 (2004) を参照。