

V 義務遵守条項（アンブレラ条項）

（濱本 委員）

はじめに

投資仲裁も、他の仲裁同様、紛争当事者間の合意により成立する。本シリーズが対象としているのは投資受入国と外国投資家との間で生じる紛争であり、したがって、この場合の仲裁合意は国家と投資家との間で成立するものである。従来、国家・投資家間の仲裁合意は、投資家が投資受入国と締結する契約に仲裁条項を置くことによって成立するのが常態であった。

しかし、投資家にとって、投資受入国との契約に基づく仲裁という仕組みは、必ずしも便利なものではない。そもそも、投資家が国家と契約を締結する場合に、仲裁条項を含めることを国家に受け入れさせることができるとは限らない。仲裁条項を置くことに成功する場合であっても、仲裁廷が「契約の国際法」理論を採用しない限り¹、当該仲裁は国内法上の仲裁となる。投資受入国による法的介入を避けようとするならば、仲裁地を第三国に置く必要があり、それを受け入れさせるためにさらに交渉が必要となる。仮に、第三国を仲裁地とする仲裁で投資家が勝訴したとしても、仲裁判断の承認執行には国内裁判所の関与が必要となる。しかも、当然のことながら投資受入国が財産を多く保有するのは自国内であり、仲裁判断の承認執行を投資受入国の国内裁判所に求めざるを得なくなる可能性は高い。

そのような状況を改善し、投資受入国と投資家とがより対等な立場において仲裁手続を遂行することができるようにするために、1965年に投資紛争解決条約（ICSID条約）が世界銀行のイニシアティブにより作成され、その発効により投資紛争解決国際センター（ICSID）が設立された。ICSID仲裁では投資受入国国内法のほか国際法も適用することができる（42条）上、なにより、仲裁判断の執行は条約上の義務である（53条・54条）ため、ICSID仲裁は投資受入国国内法の変更により影響を受けることはなく、投資家にとってはきわめて望ましい制度である。もっとも、ICSID仲裁を利用するためには、投資家国籍国と投資受入国とがICSID条約の当事国であることに加えて、投資家・投資受入国間に投資紛争をICSID仲裁にて処理する旨の合意が存在しなければならない（25条1項）。投資家が投資受入国と締結する契約の中にICSIDでの仲裁を定める仲裁条項を置くのが容易でないことは、契約中の仲裁条項に基づいてICSIDに仲裁が申し立てられた例が僅少である²ことから推測できる。

¹ 投資契約は国際法上の契約であるとする「契約の国際法」理論を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; Channel Tunnel Group Ltd. & France-Manche S.A. c. UK & France, sentence partielle, le 30 janvier 2007, par. 92. しかも、後者のユーロトンネル仲裁は、投資受入国（英仏）が当該投資契約を国際法上の契約と認めていた事例である。

² Emmanuel Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, Pedone, 2004, p. 3 のグラフ参照。

このような状況に革命的とも言える変化をもたらしたのは、AAPL v. Sri Lankaであった。この事件において、投資家（香港企業）は、スリランカとの契約にではなく、スリランカがイギリスと締結していた二国間投資条約（Bilateral Investment Treaty : BIT）を根拠に仲裁廷の管轄権を主張し、仲裁廷はその主張を認めたのである³。すなわち、BITに、当事国の一方と（相手方当事国国籍を有する）投資家との間に生じる投資紛争はICSID等の仲裁により処理するという規定が置かれる場合、BIT当事国は当事国であることにより事前に仲裁廷の管轄権に同意しているとみなされ、かつ、（相手方当事国国籍を有する）投資家は仲裁申立という行為により仲裁廷の管轄権に同意したとみなされ、時間差あるこの二つの同意により仲裁合意が成立する、と判断したとも考えられるのである。この判断は学説の注目を集め⁴、AMT v. Zaireにおいてこの形での仲裁合意の成立が明示的に認められるに至り⁵（AAPL事件ではスリランカが仲裁廷の管轄権を争っておらず、管轄権の根拠につき詳細な議論はなされていなかった）、1990年代後半からの投資紛争仲裁の爆発的増加につながった。

このような形で仲裁廷の管轄権が認められることは、投資家にとってきわめて有利に作用する。投資受入国と契約を締結する際に仲裁条項を置くこと自体容易ではなく、ましてICSID仲裁条項を置くことは、よほど交渉力のある投資家でなければ困難である。しかし、投資家と投資受入国との紛争は仲裁で処理する旨定める条約（多数国間条約も含め、International Investment Agreement: IIAと称する）を投資家国籍国が投資受入国と締結していれば、投資家は、自らが投資受入国と締結した契約中に仲裁条項がなくとも（あるいはそもそも契約を用いない投資に関してであっても）、条約すなわち国際法に根拠を置く仲裁を利用することができるのである。投資家国籍国がそのようなIIAの当事国でなければ、投資受入国とそのようなIIAを締結している国に子会社を作り、それを通じて投資を行えばよい⁶。

ただし、当該IIAの仲裁条項が投資家・投資受入国間に生じる「この協定に基づき与えられる権利が侵害されたことを理由とする」紛争をICSID等の仲裁で処理すると定めている場合（例、日韓投資保護協定15条1項）、投資家・投資受入国間の契約に関する紛争は、それそのものとしてはIIAの定める紛争処理手続の対象とならない。もちろん、契約違反を構成する投資受入国の行為が同時にIIAの何らかの条項の違反をも構成する場合には、投資家は当該IIAの紛争処理手続を利用することができるが、契約違反が直ちにIIA違反になるとは当然には言えない⁷。

では、契約違反について常にIIAの定める仲裁手続を利用できるようにする方法は考えら

³ AAPL v. Sri Lanka, ICSID ARB/87/3, Final Award, 27 June 1990, *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 6, 1991, p. 526, pp. 527-528, paras. 1-5.

⁴ Geneviève Burdeau, “Nouvelle perspectives pour l’arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats”, *Revue de l’arbitrage*, 1995, p. 3, pp. 13-14 ; Jan Paulsson, “Arbitration without Privity”, *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 10, 1995, p. 232, pp. 236-241.

⁵ American Manufacturing & Trading v. Zaire, ICSID ARB/93/1, Award, 21 February 1997, *I.L.M.*, vol. 36, 1997, p. 1534, pp. 1544-1546, paras. 5.17-5.23.

⁶ 伊藤一頼「投資仲裁の対象となる投資家／投資財産の範囲」JCA ジャーナル 55 巻 7 号(2008)10-14 頁。

⁷ 契約違反と条約違反との差異を明快に指摘し、その後の仲裁判断例の流れを決定づけた ICSID 特別委員会の決定として、CAA & Vivendi v. Argentina, ICSID ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002, *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 19, 2004, p. 89.

れないだろうか。その可能性の第一が義務遵守条項であり、第二が一般的紛争処理条項である。本稿では、この第一を検討する⁸。

IIAに、「一方の締約国は、他方の締約国の投資家の投資財産について義務を負うこととなった場合には、当該義務を遵守する」という条項が置かれることがある（例、日－ウズベキスタンBIT 16条）。この種の条項を、義務遵守条項ないし約束遵守条項⁹という。この条項に関しては、仲裁先例の蓄積とともに、様々な問題が提起されている。本項では、そのうち、義務遵守条項の適用対象「I.」と、効果「II.」とについて議論する¹⁰。

I. 対 象： 遵守が求められる義務

A. 形 態

1. 契 約

(a) 肯定例

投資受入国が投資家と締結する契約によって負う義務が義務遵守条項の対象となることは、多くの仲裁判断で認められている。

肯定例の代表は *SGS v. Philippines* である。フィリピンは、スイス会社 *Société générale de surveillance* (SGS) と、輸入産品検査業務委託契約を締結した。当該契約に基づく業務に対する支払をめぐる紛争が生じ、SGS は、フィリピンによる未払いがスイス－フィリピン BIT 10 条 2 項

“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.”

の違反を構成する、と主張した¹¹。仲裁廷は、この“any 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。何よりもまず“any obligation”という文言がその根拠であり、加えて、国内法上の義務をも含むと解しないと

⁸ 一般的紛争処理条項については、参照、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 (2008)、28-37 頁。

⁹ 英語で *umbrella clause* と呼ばれることが多く、これを直訳して「傘条項」と日本語で称することもあるが、専門家仲間でしか通用しない業界用語は極力避けるべきである。

¹⁰ 本稿では、別稿（前掲注 8）で論じた問題は基本的に扱わない。義務遵守条項に関する重要な論点である、本条項の適用に「主権的行為」と「商業的行為」との区別は意味を持つかどうかの問題、および、契約における排他的法廷選択の意義については、別稿の参照を乞う。濱本・前掲注 8・12-24、37-43 頁。なお、義務遵守条項を扱う邦語文献として、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、森下哲朗「国際投資仲裁の論点と課題」日本国際経済法学会年報 17 号 (2008 年) 153 頁。

¹¹ *SGS v. Philippines*, ICSID ARB/02/6, Decision on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004, paras. 12-16, <<http://icsid.worldbank.org/>>.

この条項は無意味になってしまうこと（有用性原理¹²）、および、本BITの趣旨目的は投資に有利な条件を創出し維持することである（BIT前文）からBITは投資保護に有利なように解釈すべきであること、をも挙げている¹³。

Eureko v. Poland（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）では、オランダーポーランド 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.”

仲裁廷は、文言“shall observe”、“any obligations”の通常の意味を基礎とし、さらに、投資促進及び保護という条約の目的や有用性原理を考慮した上で、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 BIT 3 条 5 項に違反した、と認定した¹⁴。

Noble Ventures v. Romania（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機関との間で締結された契約の遵守をめぐる紛争）では、アメリカ合衆国ルーマニア BIT 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、文言の明確性、さらには有用性原理および条約の目的から、契約違反は 2 条 2 項 c 違反を生ぜしめる、と判断した¹⁵。ただし、本件では、契約違反が証明されなかったため、BIT 2 条 2 項 c 違反は認定されていない¹⁶。

そのほか、**Siemens v. Argentina**¹⁷（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）ではドイツーアルゼンチン BIT 7 条 2 項¹⁸について、**AMTO v. Ukraine**¹⁹（ウクライナの

¹² 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 31 条には明示には定められていないが、それは同条 1 項の「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 (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt du 3 février 1994, *CIJ Recueil* 1994, p. 6, p. 25, par. 51)とされている。

¹³ *SGS v. Philippines*, *supra* note 11, paras. 115-116.

¹⁴ *Eureko v. Poland*, Ad Hoc Arbitration, Partial Award, 19 August 2005, paras. 246-249, 258, 260, <<http://ita.law.uvic.ca/>>. なお、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、と批判する *Rajski* 仲裁人の反対意見が付されている (*Dissenting Opinion*, para. 11)。

¹⁵ *Noble Ventures v. Romania*, ICSID ARB/01/11, Award of 12 October 2005, paras. 51-56, 60, <<http://ita.law.uvic.ca/>>

¹⁶ *Ibid*, paras. 61, 155, 158.

¹⁷ *Siemens v. Argentina*, ICSID ARB/02/8, Award, 6 February 2007. <<http://ita.law.uvic.ca/>>. ただし、参照、後掲注 39 及び対応する本文。

¹⁸ “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 Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante en su territorio.” 本件仲裁判断に引用されている (*ibid*, 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.”

電気工事会社EYUM-10の株式を取得したラトヴィア企業AMTOが、EYUM-10がウクライナ国営会社Energoatomに対して有する契約債権の執行がウクライナ政府に妨害された、と主張）では、エネルギー憲章条約10条1項末文²⁰について、それぞれ契約違反が義務遵守条項違反となり得ることが認められている。

(b) 否定例

Salini v. Jordan（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、支払額をめぐって対立が生じた事例）では、申立企業が、イタリアーヨルダンBIT2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。2条4項の文言は、次の通りである。

“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.”

仲裁廷は、“create and maintain [...] a legal framework”という文言に着目し、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、と判断した²¹。文言から考えて当然の判断と言える。

問題は、義務遵守条項は契約違反を対象としないのが通常だという前提から出発する*SGS v. Pakistan*（先述の*SGS v. Philippines*の申立人が、ほぼ同内容の契約につきほぼ同様の事実関係の下でパキスタンを相手に申し立てた事案）である。本件で問題となったのは、スイスーパキスタンBIT11条である。

“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.”

仲裁廷は、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、と述べる。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ってしまうところ、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、ともいう。その上で、契約違反即BIT違反とするのがBIT当事国の共通意図であることを示す明確かつ説得的な証拠があればともかく、スイスーパキスタンBIT11条のように“shall constantly guarantee the observance of the commitments”と定める程度ではその明確かつ説得的な証拠

¹⁹ *AMTO v. Ukraine*, SCC Arbitration No 080/2005, Final Award, 26 March 2008, para. 110 <<http://ita.law.uvic.ca/>>. ただし、参照、後掲注48および対応する本文。

²⁰ “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.”

²¹ *Salini v. Jordan*, ICSID ARB//02/13, Decision on Jurisdiction, 29 November 2004, *ICSID Rev.-FILJ*, vol. 20, 2005, p. 148, pp. 187-188, paras. 126-127.

とは言えない、と結論する²²。

この判断は、義務遵守条項がある場合であっても契約違反がIIA違反とならないのが通常である、という、論点先取とも言える前提から出発している。その前提の無根拠性は後続のSGS v. Philippines判断により強烈に批判され²³、それ以降の仲裁判断でSGS v. Pakistan判断に従うものはほとんどない。

2. 投資受入国国内立法等

(a) 肯定例

国内立法・政令等に基づく義務が義務遵守条項の対象となるかどうかは、アルゼンチンにおけるガス産業の民営化との関係で特にこれまで問題となってきた²⁴。これまでに本案判断が示されているのは、CMS v. Argentina²⁵, LG&E v. Argentina²⁶, Enron v. Argentina²⁷, Sempra v. Argentina²⁸の4件である。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²⁹。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付き、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の多くが仲裁を申し立てた。上記4件の申立人はすべてこのような米企業であり、米-アルゼンチンBITの2条2項c(上記米-ルーマニアBIT2条2項cと同文)の適用が問題となった³⁰。

このうち、Enron仲裁廷は、“any obligation [...] with regard to investments”という文言の通常の意味から、契約上の義務も国内立法・政令上の義務も投資に関するものであればここに含まれる、と判断する³¹。そして、CMS仲裁廷・Sempra仲裁廷によれば、立法や

²² Société générale de surveillance v. Pakistan, ICSID ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003, ICSID Rev.-FILJ, vol. 18, 2003, p. 307, pp. 363-364, paras. 167-168.

²³ SGS v. Philippines, *supra* note 11, paras. 119-126.

²⁴ 抽象的には、SGS v. Pakistan 判断が既に肯定的回答を示していた。SGS v. Pakistan, *supra* note 22, p. 363, para. 166.

²⁵ CMS v. Argentina, ICSID ARB/01/8, Award of 12 May 2005, <<http://icsid.worldbank.org/>>

²⁶ LG&E v. Argentina, ICSID ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006. <<http://icsid.worldbank.org/>>

²⁷ Enron v. Argentina, ICSID ARB/01/3, Award, 22 May 2007. <<http://ita.law.uvic.ca/>>

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

²⁹ 投資法の観点から見たアルゼンチン経済危機につき、参照、川瀬剛志「投資協定における経済的セーフガードとしての緊急避難」RIETI Discussion Paper Series 08-J-____(2008)。

³⁰ 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英-アルゼンチン BIT2 条 2 項の義務遵守条項違反を構成すると主張した。しかし、仲裁廷は、当該国内法違反が同 BIT の衡平公正待遇義務に違反することを既に判示しているとのみ述べて、義務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)。

³¹ Enron v. Argentina, *supra* note 27, paras. 273-274.

政令のみならず、国家が付与する免許状においてなされる一方的約束も国内法上の義務として対象となる³²。

(b) 制約的に捉える例

これに対し、国内立法等も義務遵守条項の対象になると認めつつ、一定の制約を課す例も見られる。

SGS v. Philippines 仲裁廷は、スイス—パキスタン BIT 10 条 2 項の “obligations [...] assumed with regard to specific investments” (強調瀆本) という文言に着目し、一般的性格を有する法律上の義務は対象にならない、と判示した (ただし傍論)。

LG&E 仲裁廷は、米—アルゼンチン BIT 2 条 2 項 c の “any obligations [each Party] may have entered into with regard to investment” (強調瀆本) という部分に着目し、アルゼンチンのガス法および関連規則が「一般的性格を有する」法律上の義務ではなく、LG&E がアルゼンチンにおいてなした投資との関係において極めて特定の義務であると述べ、同法・関連規則が義務遵守条項の対象になると判断した³³。Continental Casualty v. Argentina (アルゼンチンの保険会社 CNA ART の株式ほぼ 100% を保有していた米企業が、経済危機に際してアルゼンチンが執った措置によって損害を被ったと主張した事案) において、仲裁廷は、LG&E 判断に依拠しつつ、アルゼンチンの通貨交換や銀行制度に関する法律はアルゼンチン一般市民または銀行預金者一般を対象とするものであるため、義務遵守条項の対象とならない、と判断した (ただし傍論)³⁴。

CMS 事件取消決定³⁵において、ICSID 特別委員会は、やはり米—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” (強調瀆本) という部分に着目し、この条項が対象とするのは、合意による義務 (consensual obligations) すなわち対世的にでなく特定の主体との関係との間で成立する義務であり、それは、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³⁶。

³² CMS v. Argentina, *supra* note 25, para. 302 ; Sempra v. Argentina, *supra* note 28, paras. 309, 312. Enron 仲裁廷は、免許状そのものではなく、免許状が政令により承認されたことを根拠に義務遵守条項を適用している。Enron v. Argentina, *supra* note 27, para. 276.

³³ LG&E v. Argentina, *supra* note 26, paras. 173-174.

³⁴ Continental Casualty v. Argentina, ICSID ARB/03/9, Award, 5 September 2008, para. 302. 仲裁廷はまず米—アルゼンチン BIT 11 条の安全保障例外により BIT 諸規定からの逸脱を認めており (*ibid*, para. 233)、義務遵守条項に関する本文中の記述は結論に影響しない。なお、仲裁廷は、政府債等に関する義務については、11 条の安全保障例外の適用対象でなく (*ibid*, paras. 220-222)、かつ特定の義務なので義務遵守条項の適用があり得ると述べてつつ、政府債等については公正衡平待遇義務違反が別途認められるので、義務遵守条項違反を議論する必要はない、としている (*ibid*, para. 302)。

³⁵ ICSID 仲裁判断の取消については、参照、ICSID 条約 52 条。

³⁶ CMS v. Argentina, ICSID 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。

B. 主 体

1. 投資家側の問題 投資先現地会社が有する権利(それに対応する投資受入国の義務)

CMS仲裁廷およびSempra仲裁廷は、CMS・Sempraそれぞれが株式を保有するアルゼンチン会社（CMS・Sempraとも少数株主）に対してアルゼンチンが引き受けた義務について、米－アルゼンチンBITの義務遵守条項の援用を認めた。その理由は明示的には示されていないが、“any obligation [...] with regard to investments”（強調瀟本）に根拠が置かれているものと思われる³⁷。

AMTO仲裁廷は、エネルギー憲章条約 10 条 1 項末文の”with [...] an Investment of an Investor”（強調瀟本）の部分に着目し、エネルギー憲章条約の下では子会社が締結した契約も本義務遵守条項の対象となる、と判断した³⁸。

これに対し、Siemens仲裁廷は、同事件で問題となる契約の当事者はSiemensの現地子会社SITSとアルゼンチンであって申立人Siemensは契約当事者でないことを指摘し、独－アルゼンチンBIT義務遵守条項の違反は認定していない³⁹。また、Azurix v. Argentina（アルゼンチンのブエノスアイレス州における水道事業が民営化され、米企業Azurixの現地子会社ABAと同州との間に事業契約が締結されたところ、その契約違反等が問題となった事案）において、仲裁廷は、仮にアルゼンチンがブエノスアイレス州の締結した事業契約につき責任を負うとしても、Azurixは契約当事者ではないので、米－アルゼンチンBITの義務遵守条項の適用はない、と判断した⁴⁰。ただし、Siemens仲裁廷・Azurix仲裁廷とも、判断の根拠は示していない。

やや特殊な例は、Duke Energy & Electroquil v. Ecuador（申立人は、エクアドルがElectroquilと締結した電力購入契約の不履行と、エクアドルによる公正衡平待遇条項違反などを主張）である。本件では、紛争当事者間の合意により、米企業Duke Energyの現地子会社Electroquilも米国籍を持つものとして扱われ、同社も申立人となっていた⁴¹。仲裁廷は、エクアドルがElectroquilと締結した契約および関連国内法の不履行が米－エクアドルBIT 2 条 3 項(c)(上記米－ルーマニアBIT 2 条 2 項c と同文) の違反を構成すると認めたものの、エクアドルは契約上も国内法上もDuke Energyに対しては何ら義務を負っていないことを理由に、Duke Energyとの関係では同BIT義務遵守条項の違反を認めていない⁴²。

2. 投資受入国側の問題 国内法上別法人の国家機関が負う義務

Ibid, paras. 96-97.

³⁷ CMS Annulment, *supra* note 36, para. 92. 傍論ながら、Continental Casualty 仲裁廷もこの立場をとる。Continental Casualty, *supra* note 34, para. 297.

³⁸ AMTO v. Ukraine, *supra* note 19, para. 110.

³⁹ Siemens v. Argentina, *supra* note 17, paras. 204.

⁴⁰ Azurix v. Argentina, ICSID ARB//01/12, Decision on Jurisdiction, 8 December 2003, para. 384, *see also* paras 41, 52.

⁴¹ Duke Energy & Electroquil v. Ecuador, ICSID ARB/04/19, Award, 18 August 2008, para. 147, *see also* para. 5, <<http://icsid.worldbank.org/>>.

⁴² *Ibid*, paras. 321-325.

“Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into [...]”（スイス—パキスタン BIT11 条）や“[e]ach Contracting Party shall observe any obligations it may have entered into [...]”（オランダ—ポーランド BIT3 条 5 項）（いずれも強調読み）という文言から明らかなように、義務遵守条項により投資受入国が履行を求められるのは、投資受入国自身が負う義務である。問題は、「国」の外延決定である。

SGS v. Pakistan 仲裁廷は、傍論として、国家責任法上その行為が国家に帰属する機関が締結した契約であれば、スイス—パキスタン BIT の義務遵守条項の対象となる、と述べた⁴³。この判断は El Paso v. Argentina および Pan Am v. Argentina にそのまま引用されている⁴⁴。が、国家責任法上当該機関の行為が投資受入国に帰属する場合であっても、投資家と当該機関とが締結した契約が、当然に投資家と当該投資受入国との契約になるわけではない⁴⁵。したがって、他の何らかの根拠が必要である。

これに対し、Impregilo v. Pakistan⁴⁶、Azurix v. Argentina⁴⁷、AMTO v. Ukraine⁴⁸では、投資受入国とは別の法人格を有する機関・企業が問題の契約の一方当事者であることを理由に、それぞれの BIT の義務遵守条項の対象とならない、と判断した。

主体にまつわるこの二つの問題について、一定の根拠を示していずれにも否定的に回答したのは、CMS v. Argentina 取消手続 ICSID 特別委員会決定である。同委員会によれば、義務遵守条項は、対象となる義務の性質や適用法を変えるものではなく、したがって義務の当事者も変更されない⁴⁹。とすると、義務が投資受入国と現地子会社との間で成立している場合、第三者たる親会社（本件では CMS）が当該義務の違反を主張することはできない。また、投資受入国とは別個の法人格を有する機関が投資家と契約を締結している場合にも、IIA の義務遵守条項は援用できないことになる。そこで、義務遵守条項の

⁴³ SGS v. Pakistan, *supra* note 22, p. 363, para. 166.

⁴⁴ El Paso Energy v. Argentina, ICSID ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, para. 72. <<http://icsid.worldbank.org/>>; Pan American Energy v. Argentina, ICSID ARB/03/13 & BP America Production v. Argentina, ICSID ARB/04/8, Decision on Preliminary Objections, 27 July 2006, para. 101 <<http://icsid.worldbank.org/>>.

⁴⁵ 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, p. 19. 注意を要するのは、Eureko v. Poland と Noble Ventures v. Romania である。前者においては、国内法上独立した法人格を有する State Treasury が投資家と締結した契約が問題となった。ただ、State Treasury が独立した法人格を有するのはポーランド民事法上「ポーランド国」という名称を持つ法主体が存在しないからであり、State Treasury はすなわち国家であると国内法上も考えられている、という特殊事情があった。Eureko v. Poland, *supra* note 14, paras. 119, 133, 157, 245. Noble Ventures 仲裁廷は、独立した法人格を有するルーマニア機関がルーマニア国を代表して契約を締結していたことを根拠に、問題の契約はルーマニアと投資家との間で締結されたものだと判断した。Noble Ventures v. Romania, *supra* note 15, paras. 80, 84-86. See Jean-Christophe Honlet & Guillaume Borg, “The Decision of the ICSID Ad Hoc Committee in CMS v. Argentina Regarding the Conditions of Application of an Umbrella Clause”, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 7, 2008, p. 1, pp. 24-27.

⁴⁶ Impregilo v. Pakistan, ICSID ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, para. 260. <<http://icsid.worldbank.org/>>. 本件で適用されたイタリア—パキスタン BIT には義務遵守条項が含まれていなかったが、最恵国待遇条項に基づき、スイス—パキスタン BIT に含まれる義務遵守条項（参照、SGS v. Pakistan, *supra* note 22）が援用された。

⁴⁷ Azurix v. Argentina, *supra* note 40, para. 384, see also paras 41, 52.

⁴⁸ AMTO v. Ukraine, *supra* note 19, para. 110.

⁴⁹ CMS Annulment, *supra* note 36, para. 95 (c).

効果の検討に移ろう。

II. 効 果

A. 手続上の効果

義務遵守条項の存在理由は、契約上もしくは国内法上の義務違反をIIA上の義務違反とすることにより、IIAの紛争処理手続（例えば、ICSIDにおける仲裁）の利用を可能とすることにある。契約上・国内法上の義務違反が収用や公正衡平待遇義務違反を構成する場合は、収用や公正衡平待遇義務に関するIIAの条項に基づき、IIA紛争処理手続の利用が可能である。しかし、契約上・国内法上の義務違反が常に収用や公正衡平待遇義務違反を構成するわけではなく⁵⁰、IIA違反が主張されない場合にIIA紛争処理手続を利用することはできない⁵¹。そこで、IIAに義務遵守条項を置き、契約上・国内法上の義務違反を義務遵守条項違反（すなわちIIA上の義務違反）として、IIAの紛争処理手続を利用できるようにする意義があるのである。

B. 実体上の効果

そのような手続上の効果に加えて、実体面においても何らかの効果があるのだろうか。すなわち、IIAに義務遵守条項を置くことにより、投資受入国は実体面で何らかの追加的な義務を負うのか。この間に関しては、投資受入国は手続上の義務を受け入れるのみで実体的義務には一切変化がないという立場と、実体面でも追加的義務が生じる、という立場とがある。

後者の立場を明示した仲裁先例は、管見の限り存在しない。しかし、アルゼンチンのガス民営化に関する前述の4つの仲裁判断(CMS, LG&E, Enron, Sempra)は、アルゼンチンが執った措置がアルゼンチン法上違法行為を構成するかどうかを論じないままに義務遵守条項違反を認定している⁵²。すなわち、投資受入国が投資家に対して契約上・国内法上の義務をいったん引き受けたならば、その義務は直ちに国際法(IIA)上の義務となり、したがって国内法によって当該義務を変更することはできない、との立場に立っていると考えられる。

これに対し、前者の立場を明確に打ち出したのは、SGS v. Philippinesである⁵³。同仲裁

⁵⁰ Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford Univ.Pr., 2008, pp. 115-118, 140-142.

⁵¹ ただし、「一般的紛争処理条項」がIIAに置かれている場合は、IIA紛争処理手続の利用可能性がある。前掲注8。

⁵² CMS v. Argentina, *supra* note 25, paras. 302-303; LG&E, *supra* note 26, para. 175; Enron, *supra* note 27, paras. 275-277; Sempra, *supra* note 28, paras. 312-314.

⁵³ Pierre Mayerがこの立場を夙に明確にしていた。Pierre Mayer, “La neutralisation du pouvoir normatif de l’Etat en matière de contrat d’Etat”, *Journal du droit international*, t. 113, 1986, p. 5, p. 37.

廷によれば、義務遵守条項は、契約の問題を国際法の問題にするのではなく、契約に適用される法を国内法から国際法に変えるものでもない⁵⁴。既に述べたとおり、CMS特別委員会も同様の判断を示している⁵⁵。

SGS v. Philippines仲裁廷およびCMS特別委員会の立場は、義務遵守条項の文言から説明される。ここまで見てきたとおり、義務遵守条項は、“obligations”や“commitments”が存在する場合に、その遵守をIIA上の義務とする。しかし、“obligations”や“commitments”の存在それ自体は、IIAにとっては所与であり、義務遵守条項が作り出すものではない。Noble Ventures仲裁廷が述べるとおり、義務遵守条項によって「国際化internationalize」されるのは契約違反であって⁵⁶、契約そのものではない。したがって、Continental Casualty仲裁廷が述べるように、義務遵守条項が適用されるためには、その前提として、適用される法に基づいて義務内容が決定される必要があるのである⁵⁷。言い換えるならば、義務遵守条項は、安定化条項ではない⁵⁸。

義務遵守条項によって投資受入国は追加的な義務を負わないことは、賠償額の算定にも反映される。Duke Energy & Electroquil v. Ecuadorは、投資契約とIIAとの両方に基づいて仲裁申立がなされた事例であり、投資契約およびエクアドル国内法違反が認定され（投資契約を根拠とする管轄権に基づく判断）、加えて、IIA（米-エクアドルBIT）の義務遵守条項の違反も認定された（IIAを根拠とする管轄権に基づく判断）⁵⁹。しかし、仲裁廷は、投資契約および国内法違反によって生じた金銭的損害とIIA義務遵守条項違反によって生じた金銭的損害とは同一であり、IIA義務遵守条項違反に対する賠償は投資契約および国内法違反に対する賠償に「包摂されるsubsumed」として、IIA義務遵守条項違反に対して追加的賠償を与えないと判断した⁶⁰。

義務遵守条項は実体面で追加的義務を生ぜしめないという立場に対しては、IIAでなく当該“obligations”や“commitments”に適用される法——ほとんどの場合は投資受入国国内法——がその内容を決定するのであれば、義務遵守条項の適用範囲が大幅に狭まってしまう、という批判がある⁶¹。これは、投資家保護のための政策論としてであればともかく、義務

⁵⁴ SGS v. Philippines, *supra* note 11, paras. 126, 128.

⁵⁵ CMS Annulment, *supra* note 49.

⁵⁶ Noble Ventures v. Romania, *supra* note 15, para. 54.

⁵⁷ Continental Casualty, *supra* note 34, para. 298. 同仲裁廷は適用される「国内法」によって義務内容が決定されると述べる。通常は国内法だろうが、国内法に限定されねばならない理由はない。

⁵⁸ Walid Ben Hamida, “La clause relative au respect des engagements dans les traités d’investissements”, in Charles Leben, sous la direction de, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissements*, Paris, LGDJ, 2006, p. 53, p. 81 ; voir aussi Sébastien Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d’autres États*, Litec, Paris, 2004, p. 593.

⁵⁹ Duke Energy & Electroquil v. Ecuador, *supra* note 41, paras. 243, 292, 325.

⁶⁰ *Ibid*, para. 472.

⁶¹ Oscar Garibaldi, comment in “Where’s My Umbrella? A Look Inside the Umbrella Clause: Panel Discussion”, in T.J. Grierson Weiler ed., *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. I, JurisNet, Huntington, 2008, p. 39, pp. 52-53.

遵守条項の解釈論としては成立しない議論である⁶²。

以上から、義務遵守条項は追加的な実体義務を課すものでないことが明らかである。アルゼンチンのガス民営化に関する4つの仲裁判断はこの点において大きな問題を抱えており、LG&E, Enron, Sempra の取消手続（係属中）における特別委員会の判断が注目される。

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。

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なになっているかを精密に検討する必要がある⁶³、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。

⁶² 学説の多くも、SGS v. Philippines 仲裁廷やCMS 特別委員会と同じ立場をとる。前掲注 53・58 に引用したもののほか、直近の研究として、Stephen W. Schill, “Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties”, *Institute for International Law and Justice Working Paper* 2008/9, p. 47.

⁶³ 義務遵守条項の様々な起草例については、濱本・前掲注 8・24-28 頁。