

判例研究：投資紛争解決国際センター(ICSID)

Enron Co. and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina

(ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007)

I 事実

背景¹

アルゼンチンでは、1980 年代に入って、アメリカドルによる投資が大半を占めていたにもかかわらず、アメリカの金利上昇もあいまって、対外債務の利払いが増大していた。1982 年ごろにメキシコにつづいて、他のラテンアメリカ諸国と同様、デフォルトを宣言することになった。その後アルゼンチンはハイパーインフレに見舞われるものの、アメリカが債務取消の措置を講じたこともあり、落ち着きを取り戻し始める。その中で、アルゼンチン政府は、関税の切り下げ、国費の削減、税改革、そして本件で問題となったガス事業の民営化といった経済復興のための政策を行った。

アルゼンチンの民営化プログラム（¶41-46）

1989 年の初めに、アルゼンチン政府はガス事業を含む多くの国営事業を民営化した。1991 年には兌換法（23.928 法）を制定し、アルゼンチンの通貨ペソをアメリカドルに固定した（2128/91 政令）。外国との貿易や投資受け入れのために様々な措置を講じており、二国間投資保護協定を締結したのも、その一環であった。

1992 年のガス法（24.076 法）やガス政令（1738/92 政令）によって、ガス事業が新しく輸送事業と輸送事業に分離された。輸送事業はさらに 8 つの会社に分けられ、輸送事業は本件で問題となった TGS を含む 2 社に分けられた。本件申立人の Enron は TGS の株式を、子会社を通じて間接所有していた。民営化促進のために、モデル事業免許が認定され、本件でもこれに基づいた契約書に署名がなされた。これによれば、免許の存続期間は 2027 年までの 35 年間である。申立人は、その時に政府から受け取った情報として、次のものを挙げている。それは、ガス料金のアメリカドルでの計算、米国生産者物価指数（US PPI）に基づくガス料金の定期的調整、料金の凍結の不実施、そのような事態が発生した場合の賠償、事前の同意のない修正の禁止といったものである。

1999 年以降の料金調整不実施（¶62-70）

1990 年代を通じてガス輸送事業のために計画された制度は順調に機能していた。その中で、US PPI に基づくガス料金の定期的な料金調整が行われていた。この調整は国家ガス規制機構（ENERGAS）によって承認されていた。

1999 年の後半になって、経済的、社会的、政治的危機のきざしが認められるようになった。2000 年 1 月にガス料金価格を US PPI に合わせる調整を半年引き延ばすことが、その期間の料金差額の一部補償を含めて合意された。しかしながら、半年後には再び調整が延期さ

¹ P. KRUGMAN & M. OBSTFELD, INTERNATIONAL ECONOMICS 634-5 (8th ed., 2009).

れた（669/00 政令）。この政令の中で、アルゼンチン政府は、民営化の過程に関連する投資が現行法と二国間投資保護協定とで保護されていることを明示的に確認している。しかしながら、オンブズマンがこの政令の違憲・違法確認を裁判所に求め、請求が認容されたためにすべての料金見直し・調整が停止された。

1998 年から 99 年にかけて、アルゼンチン経済は不景気とデフレに陥り料金が下がる傾向が続いた。その反面アメリカではインフレが進み、US PPI の固定はガス料金の高騰につながる事となった。

緊急事態法（¶71-79）

上述の危機的状況が進行し、2001 年後半には大きな問題となった。アルゼンチン政府は 2002 年 1 月に緊急事態法（25.561 法）を制定に踏み切った。緊急事態法はアメリカドルによるガス料金を廃止し、1 ドル 1 ペソの固定相場制から 1 ドルにつき、銀行預金などについて 1.40 ペソ、その他は市場レートに変更した。US PPI に基づく価格調整は撤廃された。緊急事態法はアルゼンチン政府と本件申立人を含む投資家と交渉する機会を提供したが、合意に至ることはなかった。

本件紛争は、Enron が損害を被ることとなった、この緊急事態法に基づいて取られた措置の合法性に関するものである。

なお、本件はアルゼンチンの経済危機をめぐる一連の仲裁判断のうちの一つである。いずれもアメリカの企業がアルゼンチンと争ったもので、同じ投資保護協定（以下US-Argentina BITまたは本件BIT）²に基づいているにもかかわらず、本判断が出されるまでに、CMS事件³でアルゼンチンの違反が認定され、逆にLG&E事件⁴ではアルゼンチンの危機的状況から違法性がないと判断されていた⁵。以下では重要な論点であるUS-Argentina BIT上の議論に絞って検討していく。

II 仲裁判断要旨

適用法としての条約

仲裁廷は、免許契約や契約の規制体制の違反、加えてアルゼンチンの立法のもとでの免許の査定価格は、本件 BIT が保障する権利の違反を構成するかどうかという問題を検討する。（¶233）

² Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, available at http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina_us.pdf.

条文を引用する際、解説で検討するものについてのみ訳を付した。

³ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, (ICSID Case No. ARB/01/8, Award of May 12, 2005).

⁴ LG & E Energy Co. et al. v. Argentina, (ICSID Case No. ARB/02/1, Award of Oct. 3, 2006).

⁵ CMS 事件、LG&E 事件、Enron 事件を比較した研究として、山田卓平「最近の ICSID 仲裁事例における緊急避難をめぐる判断」『国際法外交雑誌』106 巻 3 号 56 頁以下(2007).

1. 収用に関する主張⁶

仲裁廷が初めに検討すべき問題は[条約上]保護されている投資についてである。被申立国は、仲裁廷が管轄権の段階で、紛争は株式投資に関連するものであると判断しているため、他のことは本案で審議できないと主張する。これはしかしながら、被申立国自身も想起するように少数株主が単独で訴える権利を有するかどうかという文脈の判断として理解されなければならない。その文脈の中では、普通株式による投資について少数株主の出訴が認められているかが問題となった。管轄権決定は投資の定義を広くしたため、その広い定義がこの議論での基準となる。(¶241)

株式投資は複雑な商関係を発展させるための手段であって、商関係は問題となっている措置の異なる要素からも影響を受ける。このような場合とは、例えば、TGS 株式への投資が成功するか否かを判断する上で鍵となる要因である免許契約に規定されたガス料金体制に、影響を与える措置を講じる場合である。いずれにせよ、仲裁廷は、少なくとも財産権の核心的な構成要素が異なる受益者（特に国家）に移転されていない場合は直接的な形の収容があったとは考えない。本件において、経済的利益が会社側から消費者、あるいは会社側から別の産業界の範囲において移転されたと主張されるかもしれないが、財産の所有権といった、所有された財産の法的要素に影響を与えることにはならない。(¶242-3)

仲裁廷は、間接あるいは忍び寄る収用(indirect or creeping expropriation)は様々な措置から生じうるという事実を疑わない。これらは累積的な効果で評価されなければならない。先例によれば、実質的な剥奪(substantial deprivation)が生じるのは、投資家による投資の管理を奪うこと、会社の日々の経営活動、従業員の拘留、従業員の仕事の監督、経営への干渉、配当の支払いの妨害、管理職任命への干渉、あるいは会社の財産や管理の全部または一部の収奪からである。しかし、本件でこのようなことは行われなかったため、間接収用あるいは忍び寄る収用が今回生じたという主張に、仲裁廷は説得されなかった。(¶244-6)

⁶ 第 4 条第 1 項 Investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization ('expropriation') except for a public purpose; in a non-discriminatory manner; upon payment of prompt, adequate and effective compensation; and in accordance with due process of law and the general principles of treatment provided for in Article II (2) Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriatory action was taken or became known, whichever is earlier; be paid without delay; include interest at a commercially reasonable rate from the date of expropriation; be fully realizable; and be freely transferable at the prevailing market rate of exchange on the date of expropriation.

2. 公正衡平待遇の基準に関する主張⁷

仲裁廷は、被申立国が正しく主張するように、公正衡平待遇の基準はあまり明確でなく、はっきりともしていないことに注意を向ける。その発展は、大部分、裁判所や仲裁廷のケース・バイ・ケースの判断の結果である。これは、国際的最低基準とともに、断片的かつ漸進的な発展があることを示す。国際的最低基準が十分に発展し明確な状況では、公正衡平待遇はそれと一致しうるはずである。しかし、最低基準がより不明確な状況では、公正衡平の基準は既存の慣習国際法よりも明確でありうる。(¶256-8)

公正衡平待遇の鍵となる要素は、本件 BIT の前文に書かれた「投資のための安定した体制 (stable framework for the investment)」の要請である。実際に、この解釈は「国際法における公正衡平待遇の生成しつつある基準」であると考えられている。しかし、安定性の要請は法体制の凍結や国家の立法機能を失わせるわけではない。(¶260-1)

「外国投資家が投資を行う上で考慮した期待」の保護も同様に基準の一側面として認められている。ここで決定的だと思われるのは、このような期待が投資の時点での国家による投資家に対する条件に由来するかと、投資家が投資を決定するうえでその条件に依拠したかである。信義則 (the principle of good faith) は公正衡平待遇の重要な要素ではなく、義務違反を構成するために不誠実 (bad faith) であることは必要ではない。(¶262-3)

本件で問題となった措置は、投資の決定・実行の根拠とされた法体制・取引構造を疑うまでもなく実質的に変更した。アルゼンチンは 1990 年代初めに、歴史的に不安定で変動しやすい経済に外国資本を引き付けるため、一定の保障を含む規制枠組みをガス部門に構築した。保障の強化に基づいて、TGS への Enron による投資を含む、相当な外国からの投資が行われた。仲裁廷は、Enron が TGS の投資に乗り出すうえで、被申立国がガス部門で設立させた規制枠組みの条件に依拠していたことを認める。しかしながら 10 年後には多くの海外投資家を誘引した料金体制の保障が徐々に廃止され、投資家のために確実性と安定性が存した場所に、疑心と曖昧さの風潮が広まった。投資を誘発させた「安定した法体制」はもはや現存せず、ガス料金が凍結された 5 年間にわたって完全な信頼のおける体制が投資家に利用可能にされてこなかったことは明らかである。たとえアルゼンチンが最善の意志に従って措置を講じていたとしても、仲裁廷はそれを疑う理由もないわけだが、仲裁廷はアルゼンチンの措置が客観的に違反を構成すると判断する。(¶264-8)

3. 傘条項の違反に関する主張⁸

文言の通常の意味に基づくと、「いかなる義務 (any obligation)」は性質を問わず義務すべて

⁷ 第 2 条第 2 項 (a) Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law. (投資は、いかなるときも公正かつ衡平な待遇が与えられ、十分な保護および保障を享受するのであり、国際法の要求よりも不利な待遇を決して与えられない。)

⁸ 第 2 条第 2 項 (c) Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments. (各締約国は、投資に関して負うこととなったいかなる義務も遵守する。)

を指す。各仲裁廷は、この文言を支払いのごとき契約義務と法や規制によって設定された義務との両方を含むものと解してきた。それでも、「傘条項」で保護された「義務」は「投資に関して(with regard to investments)」という目的によって制限される。ガス法やそれを実行する政令によって、被申立国が「投資に関する義務」を引き受けていた。これらの義務の廃止は、申立人の投資に関して被申立国が負っていた義務の違反を構成するに十分である。加えて、補償の無い通貨調整の禁止、同意に基づかない免許の修正禁止は、免許契約の中に含まれるものであったが、これは後に政令でも承認され、料金体制を確立する実施法制(implementing legislation)の一部を成した。これらの廃止も同様に、義務違反を構成する。(¶274-6)

4. 恣意性および差別に関する主張⁹

[緊急事態法によって]採用された措置は、政府が広がる危機に対して最善の対策であると理解し信じたものであった。意図の問題とは別に、恣意性の認定には重要な不正措置が明白であることが必要だが、本件ではそれが認められない。そして、申立人に対して、他の主体やセクターに比べて気まぐれな、不合理な、あるいは不条理な区別がなされたとは認められず、差別があったともいえない。(¶281-3)

5. 完全な保護と安全を与えなかったことについての主張¹⁰

最後に、申立人は第 2 条 2 項 (a) に基づく十分な保護および保障が与えられなかった旨主張し、その基準は投資の物理的安全確保に留まらず、法的な保護も含まれると解釈した。仲裁廷は、このような広い解釈が認められる場合がありうることを原則として排除しえないが、そのような場合を公正衡平待遇、まして収用の形態と区別することは難しい。広い解釈における意味での保護及び安全の可能性ある欠如につき、一般的になされた議論は、いずれにせよ、証明されてもおらず、また、適切に展開されてすらいない。(¶284, 286-7)

⁹ 第 2 条第 2 項 (b) Neither Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investments. For the purposes of dispute resolution under Articles VII and VIII, a measure may be arbitrary or discriminatory notwithstanding the opportunity to review such measure in the courts or administrative tribunals of a Party.

¹⁰ *Supra* note 7 参照。

緊急避難による代替主張

2. 慣習国際法上の緊急避難についての抗弁¹¹

仲裁廷は、国家責任条文第 25 条が慣習国際法のありさまを反映していると理解し、当事者も同様の見解を示している。緊急避難は最も例外的な救済であって、極めて厳格な条件に服することに、異論はない。そこで、今仲裁廷が遂行しなければならない難解な使命は、被申立国の状態がこれらの要件を満たすかを判断することである。（¶303-4）

仲裁廷はまず、第 25 条における第 1 の要件として、アルゼンチンの危機が同国の不可欠の利益に影響を及ぼすとみなされるか否かを決定しなければならない。この問題については、専門家の意見は明確に分かれており、危機を巨大で壊滅的な規模だと考える人から、世界中における他の多くの近年の危機の状況と同様であると信じる人まで様々である。仲裁廷は厳しい危機が存在し、そのような状況では商取引が通常のように続けられないであろうことに疑いを入れない。それでも、国家の不可欠の利益に関連するほどとみなされるほどに、今回のそのような状況がまさに国家の存続と独立を危うくしているという主張には説得力がない。（¶305-6）

この問題は不可欠の利益を脅かす重大でかつ急迫した危険の問題に関連してくる。アルゼンチン政府には、事態の悪化を防ぐ責務があり、状況を単になりゆきにまかせて放置できなかったが、他方で状況が統制外または制御不能になったという説得力のある証拠はない。（¶307）

緊急事態法の下でとられた措置が当該結果達成のための「唯一の手段」であり、他に利用可能な代替手段がなかったのかどうかもまた、当事者や専門家間で意見が大いに分かれた問題である。経済危機に対処する中での世界のどちらかといえば不幸な経験の比較が示すに

¹¹ Draft Article on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, art. 25, U.N. GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, at 49, U.N. Doc. A/56/10 (2001).

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

(a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and (b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:

(a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or (b) the State has contributed to the situation of necessity.

(1. 次の場合を除き、緊急避難は、国際義務に違反する行為の違法性を阻却するための根拠として、国家により援用されない。(a)行為が、重大で差し迫った危険に対する本質的利益を守るため、国家にとっての唯一の予防手段である場合、且つ、(b)行為が、義務の存在する国家又は国際社会全体の国家の本質的利益に対し、重大な侵害を与えない場合。

2. いずれにせよ、緊急避難は、次の場合、違法性を阻却するための根拠として、国家は援用できない。(a)問題の国際義務が、緊急避難の援用の可能性を排除する場合、又は、(b)その国家が緊急避難の状況に寄与している場合。)

は、このような危機的状況に立ち向かいかつ調整するためには常に多くの取り組みがあるということである。そして、アルゼンチンの場合において、それらのいかなる取り組みも利用不可能であったことを正当化するのは困難である。条約当事国の一方あるいは双方が仲裁廷にどのような代替措置が奨励されうるかを指摘することを欲するかもしれないが、仲裁廷の任務は政府の経済的選択の決定を代用することではなく、なされた選択が唯一の取りうる措置であったか否かを判断するのみであり、本件ではそれがあったとは思われないのである。(¶308-9)

第 25 条は、問題となる措置が義務の相手国または国際社会全体の利益を深刻に害さないことを要求している。それはむしろ一般的種類の利益であり、本件の状況において、国際社会の利益が害されているようには全く思われない。他国の利益については、条約との関係で後に検討する(¶310)

本条が予定しているさらなる条件は、当該国家が緊急状態発生に寄与していた場合は、緊急避難を援用できないというものである。両当事者は、危機を突然引き起こした要因について、それぞれ内生的または外生的だと主張するが、最終的にアルゼンチン政府や国際機構、他国政府も認めたように、真実は両方の種類の要因が介在する中間にあるように思われる。このことが意味するのは、ある程度アルゼンチンによる当該緊急状態への実質的な寄与があり、もっぱら外生的要因によると主張しえないということである。(¶311-2)

3. 本件BIT第 4 条 3 項上の必要性の抗弁¹²

第 4 条 3 項は内国民待遇と最恵国待遇の同時の相互作用によって、受入国で損害を受けている外国投資家に損害最低限の待遇を与えることを意味するにすぎず、これは国家が「その損害に関連して適用した(adopts in relation to such losses)」手段に対して、つまり調整あるいは賠償する手段に与えられるにすぎない。この条項から著しく重大な一定の状況下での経済危機を排除する理由はないが、その一方でこれが別の事柄を扱っているため条約上の義務から逸脱することを認めるものではない。(¶320-1)

¹² 第 4 条第 3 項 Nationals or companies of either Party whose investments suffer losses in the territory of the other Party owing to war or other armed conflict, revolution, state of national emergency, insurrection, civil disturbance or other similar events shall be accorded treatment by such other Party no less favorable than that accorded to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third country, whichever is the more favorable treatment, as regards any measures it adopts in relation to such losses.

4. 本件BIT第 11 条上の必要性の抗弁¹³

当仲裁廷がまず注意を向けるのは、一般的な立場として、この条約の趣旨及び目的は、経済的苦境と困難におけるその受益者の国際的に保障された権利を保護することが求められる状況で、[条約を]適用することである。そのため、定義された義務から逃避するような解釈は制限的になされなければならない。そのため、経済危機の存在を国家の自己判断に任せること(determination is self-judging)は、条約の趣旨・目的と相いれず、この条約の実質的な意味を奪い去ってしまう。(¶331-2)

確かに、アメリカの立場は次第に自国の安全保障利益に関しては自己判断条項(self-judging clause)を支持する方向で展開しており、すべてではないにせよ、いくつかの二国間投資保護協定はこの変更を反映している。しかし、自己判断条項のように真に例外的であって特異な条項は、その意思を反映させるために通常明示的に起草されなければならない、言い換えれば、条項が例外的性質を有しないという推定をすることがもっともなのである。(¶335)

たとえ自己判断を認める解釈が現段階において両当事国によって共有されているとしても、その意味を変更する結果とはならない。国家はもちろん別の文言に合意することで本件 BIT を改正する自由を有するが、しかしながらこれは投資家やほかの受益者が本件 BIT 上享受している権利に影響を与えてはならないのである。(¶337)

当仲裁廷が留意するのは、本条約が、国際の平和と安全の維持に関する定義を含んでいないことと全く同様に、不可欠の安全保障利益をどのように理解すべきかを定義していないということである。これらの概念の具体的意味及びそれらの適用条件は、別のところで探求されなければならない。国際の平和と安全に関しては、議定書第 6 条¹⁴が規定しているように、当事者がこの意味を国連憲章上の義務の文脈で見出すことができると、合意しているため、定義探求は容易である。これに対して、これほどの明確な誘導が本条約上存在しない安全保障上の利益に関してはより複雑な状況である。このことから、本件においてこのような要件が充足されているか否かの評価をするためには、国家責任条文第 25 条の表現に関連して既に概説したような、慣習国際法上の緊急避難の要件に依拠することが必要になる。(¶333)

被申立国側の専門家意見は、本条約の制度は特別法(*lex specialis*)であって、慣習法とは異なり別個のものだという見解を表明している。一定の問題を具体的に扱う条約制度は、より一般的な慣習規則に優位するものであるという意味で、このことは疑いなく正しい。もしこ

¹³ 第 11 条 This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests.

(公的秩序の維持、国際の平和または安全の維持回復に関する義務の履行、または、自身の不可欠の安全保障に関する利益の保護のために必要な措置をいずれかの当事国がとることを、本条約は排除しない。)

¹⁴ PROTOCOL §6. The Parties understand that, with respect to rights reserved in Article XI of the Treaty, "obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security" means obligations under the Charter of the United Nations.

のことが本件においても妥当するのであれば、本仲裁廷は、まず条約規定に基づく検討から始めて、国家責任条文には補助的手段としてのみ依拠したことであろう。しかし、問題は、条約自体がこれらの構成要素について論じていなかったということである。そこで、緊急避難作用の条件に関する限り、本条約は慣習法基準と不可分となる。既述の通り、本件において、このような要件や条件は完全には充足されていない。(¶334)

仲裁廷がすでに判断したように、主張された危機が国家責任条文第 25 条に規定する慣習法上の要件を充足していないため、緊急避難が違法性阻却を導かないと結論づけた。本条はこの点についての慣習法と異なる条件を設定しているわけではない以上、第 11 条に基づくさらなる司法審査は必要ない。(¶339)

仲裁廷は上で説明するように、条約上の義務を負う相手国の利益を深刻に害してはならないという、第 25 条の要件を検討する。なにはともあれ、投資条約の文脈においては、義務の究極の受益者である私的行為体(the private entities)の利益を考慮する必要がある。本件において、申立人の不可欠の利益は、緊急避難の作用により確かに害されることになるだろう。(¶341-2)

以上の理由から、仲裁廷はこのように決定し裁定する。

1. 被申立国は、US-Argentina BIT 第 2 条(2)(a)で保障された公正かつ衡平な待遇を投資家に与える義務及び、US-Argentina BIT 第 2 条(2)(c)で保障された投資に関する義務に違反した。
2. 被申立国は \$ 1 億 620 万の金銭賠償を支払うものとする。
5. 他のすべての請求はこれにより棄却する。(p. 138)

III 解説

1. 義務違反の認定

当判断は、公正衡平待遇と傘条項との違反を認定した。

1-1. 公正衡平待遇

仲裁廷は公正衡平待遇の違反を認定する際に仲裁廷が重要視したのは、「このような期待が投資の時点での国家による投資家に対する条件に由来するかと、投資家が投資を決定するうえでその条件に依拠したか(¶262)」である。つまり、本件における Enron の信頼保護の基準時が、アルゼンチンが経済危機の復興として、ガス事業に投資をさせるために措置を講じた 1990 年代初めである。それに対して、義務違反が認定された緊急事態法に基づく措置は、2002 年以降のものである。仲裁廷は、投資家が信頼したのが「投資のための安定した体制」であることを強調する(¶260, 267)ことで、信頼が保護されなかったという結論を導いた。確かに、この要件を狭く解釈してしまうと、投資家が政府の立法に基づく政策に懐疑的になってしまう、US-Argentina BIT の目的として設定した、投資の促進に反する結果となってしまう。しかし、仲裁廷自身も認めているように、国家の側は政策を変更する権能を放棄するわ

けではない(¶261)。仲裁判断は、どのような立法による体制変更は許容され、または逆に信頼に反することになるのか、理由を十分明確に提示していないのである。

この問題は、投資家の保護と政策変更の必要性の対立としてとらえることも可能である。実際にSaluka事件では、投資家の正当かつ合理的な期待と国家の正当な規制との均衡が判断の基準とされている¹⁵。しかしながら、ここでの規範対立は、後に緊急避難とUS-Argentina BIT第11条の関係で詳しく検討する「ルールの対立」と「原理の衝突」の区分からいうと¹⁶、「ルールの対立」の問題であることに注意を向ける必要がある。つまり、判断する際に、一定の基準が示されており、それが満たされているかどうかで、違反の有無が決定されるのである。学説上、公正衡平待遇を均衡性の問題として考えることによって、基準を検討せずに違反かどうか述べるに留まる判断の下し方を避け、投資家の保護と国家の利益のバランスを確保することができると主張されることがある¹⁷。この指摘は、理由づけを詳細にする効果の点では正しく、仲裁廷の判断の批判にもなりうるが、他方でバランスを図る効果は、「原理衝突」の場合に用いられる利益均衡の結果である。公正衡平待遇では、国家の政策変更の権能がケース・バイ・ケースで制限されるという考え方ではなく、政策変更のプロセスが一定の基準を満たすかどうかで違反かどうかの判断が下されなければならない。

公正衡平待遇違反を決定する際の基準としては、一般的に投資家の信頼程度、政策の一貫性、透明性、手続き保障、信義則といったものがあり¹⁸、Saluka事件も最終的にこれらの基準を満たさなかったとして、違反を構成すると判断された¹⁹。

Enron事件においては、投資家の長期的な体制への信頼が強かったことにのみへの言及ではなく、Saluka事件のような基準を用いて、アルゼンチンがBIT上の義務を遵守すると述べていることや、緊急事態法が制定3日後に施行されているといった事実を当てはめる論証が可能であった。判断の解釈過程がより明確になり、法的に説得力のより強い判断を導くことができたのではないだろうか。

1-2. 傘条項

仲裁廷は、「いかなる義務(any obligation)」という文言を通常の意味から、契約、立法、政令上の義務を含むように解釈した。しかし、CMS取消決定では、「投資に関して負うこととなった(it may have entered into)」義務という文言に着目すると、合意による義務が対象となるのであって、特定の主体との関係で成り立つ、二辺的な義務かあるいは投資家の負う義務と本質的に関連する場合のみであると判断されている²⁰。この解釈は、法律の変更は対象と

¹⁵ Saluka Investments BV v. The Czech Rep., UNCITRAL (Neth.-Czechoslovakia BIT) partial award, ¶306 (Mar.17, 2006) [以後 Saluka].

¹⁶ *Infra*, p. 12.

¹⁷ B. Kingsbury & S. Schill, *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administration Law*, 146 N.Y.U. PUBLIC LAW AND LEGAL THEORY WORKING PAPERS 39-40 (2009) available at http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/146.

¹⁸ R. Dolzer & C. Schreuer, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 133-47 (2008).

¹⁹ Saluka, *supra* note 15, at 310f.

²⁰ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, (ICSID Case No. ARB/01/8, ¶95, Decision of the

はならないために、保護の範囲を大幅に制限することとなる²¹。

どちらの判断が妥当かは、極めて微妙な問題であるが、アルゼンチンがガス法などを投資受け入れのために制定したという事実を強調すれば、広い意味でアルゼンチンが一定の義務を「投資に関して負うこととなった」と考えることもできる。Enron事件のような広い解釈を採用する方が投資家保護の目的を考えると妥当ではないかと思われる。

2. 緊急避難とUS-Argentina BIT

この判断は、緊急避難の援用が認められなかったCMS事件、US-Argentina BIT第11条を根拠にしてアルゼンチンに違反がないのとされたLG&E事件の判断が出され、ICSIDの解釈が二手に分かれた状況でくだされた判断である。その点で、本件の緊急避難と第11条をめぐる申立人と被申立国の対立は、本件で最大の論点となった。Enron事件ではCMS事件を踏襲する形の理由づけとなっているが、2010年のEnron取消決定²²では、この仲裁廷の判断が取り消された。以下では、この取消決定の理由づけも参照しながら、Enron事件の仲裁廷の判断を検討していく。

2-1. 緊急避難とUS-Argentina BIT第11条の関係

Enron事件はUS-Argentina BIT第11条にいう「不可欠の安全保障利益」の定義が存在しない以上、「緊急避難作用の条件に関する限り、本条約は慣習法基準と不可分となる」(¶334)という立場を採用している。そして、慣習国際法を反映している国家責任条文第25条に依拠し、その要件が満たされていないことをもって、違法性阻却を否定した。

しかしながら、本件BIT第11条の解釈を緊急避難と同一視するべきではない説得的な理由として、Burke-WhiteとStadenによるEnron事件の批判を挙げることができよう²³。彼らは、第一に仲裁廷は条約と慣習法の違いを意識していないという点、第二に条約解釈における実効性の原則(*ut res magis valeat quam pereat*)に反するという点を指摘する²⁴。第一点目に関しては、ニカラグア事件が「例え二つの国際法の法源に属する二つの規範が内容において同一であったとしても、そしてたとえ問題となっている国家が条約と慣習国際法のレベル双方の規則に拘束されているとしても、これらの規範は別個の存在として維持されている²⁵。」と述

ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic of Sept. 25, 2007) [以後 CMS Annulment]; 濱本正太郎「投資保護条約に基づく仲裁手続きにおける投資契約違反の扱い」RIETI Discussion Paper Series, 08-J-014 [18頁] (2008).

²¹ 濱本, *ibid.*

²² Enron Co. and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, (ICSID Case No. ARB/01/3, Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic of 30 July 2010), [以後 Enron Annulment].

²³ W. Burke-White & A. von Staden, *Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties*, 48 VIR. J. INT'L L. 307, 396 (2008).

²⁴ *Ibid.*, at 323.

²⁵ Military and Paramilitary Activities (Nicar. v. U.S.), 1986 I.C.J. 4, 95 (June 30).

べているように、条約と慣習国際法が別個のものであることを強調する。そのうえで、緊急避難は条約の規定の有無にかかわらず援用しうるのであるから、本件BIT第 11 条が緊急避難の基準と同一であると読むことは、当該条項を無意味(pointless)にしてしまう。実効性の原則を満たすためには、当該BITが慣習国際法とは異なる規則であると読むべきであると指摘する²⁶。実際に世界中で締結されているほとんどの投資保護協定が例外規定をおいていないにもかかわらず、アメリカが締結する協定にはそれが挿入されるという事実²⁷も考慮すれば、この批判の説得力が増すと思われる。

2-1-1. 投資家保護または国家の緊急状態の回避という二項対立への批判

では、US-Argentina BIT 第 2 条上の義務と国家の緊急避難の際に適用される規則との関係を、第 2 条上の義務と同条約の第 11 条が想定する事態との関係と同様にとらえることは果たして可能なのだろうか。

ここで私が着目するのは、アレクシーの業績である。彼によれば、法規範は質的にルールと原理に区別されうる。彼のいう「ルール」とは、常に、充足されうるかされえないかのいずれかにすぎない規範を示す。それに対して、「原理」とは、その要求が、法的可能性と事実的可能性と相関的に可能な限り高い程度実現されることを命ずる規範である。²⁸

この二つに区別することの意義は、規範の対立における対応の仕方の違いとして、如実に表れてくると彼は言う。ルール間の対立は、少なくとも一方を無効と説明することで、対立を除去することとなる。これに対して、二つの原理が衝突する時、いずれかの原理が背後に退くこととなる。しかしながら、だからといって後退した原理が非妥当とされるわけでも、それに例外条項が組み込まれるわけでもなく、むしろ、一方の原理は他方の原理に、一定の状況において優先するにすぎない。状況が異なれば、優先関係が逆転することもありうるのである。この違いを言い換えるならば、ルール対立が妥当の次元で起こるのに対して、原理衝突は、そもそも妥当している原理のみが衝突しうるのであるから、妥当の次元ではなく、ウエイトの次元で生じるのである。²⁹

ここで、US-Argentina BIT 第 2 条の義務と、第 11 条及び慣習国際法上の緊急避難との規範対立を、ルールの対立とみるか、それとも原理衝突とみるかを検討してみたい。

緊急避難が援用されうるのは、国家の不可欠の利益と、その国家が負う義務の履行との関係で「調和しがたい対立(irreconcilable conflict)」が生じている場合である³⁰。だからこそ、ICJ がガブチコボ・ナジュマロシュ事件において述べているように、緊急避難はごく例外的場合

²⁶ W. Burke-White & A. von Staden, *supra* note 23, at 324.

²⁷ A. NEWCOMBE & L. PARADELL, *LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES* 488-9 (2009).

²⁸ 亀本洋「法におけるルールと原理（一）—ドゥオーキンからアレクシーへの議論の展開を中心に—」法学論叢 122 巻 2 号 18 頁 [36 頁] (1987).

²⁹ 亀本洋「法におけるルールと原理（二・完）—ドゥオーキンからアレクシーへの議論の展開を中心に—」法学論叢 123 巻 3 号 95 頁 [97-8 頁] (1988).

³⁰ J. CRAWFORD, *THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION'S ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY INTRODUCTION, TEXT AND COMMENTARIES* 195 ¶2 (2002).

(an exceptional basis)に、「累積的に満たされなければならない厳しい要件のもとのみでしか援用でき (can only be invoked under certain strictly defined conditions which must be cumulatively satisfied)³¹」ない。国家責任条文草案の規定ぶりからしても、緊急避難が常に充足されうるかされえないかのいずれかにすぎない規範、つまり「ルール」として存在しているのである。

では、本件BIT第2条と第11条の関係も同様に理解できるのだろうか。ここで注目したいのが、CMS事件の取消決定では緊急避難が第二次規則であるのに対して、US-Argentina BIT第11条は第一次規則である述べられたことである³²。この立場を採用する限りにおいては、「不可欠の安全保障利益」が認められれば、そもそも義務の違反とはならないため、一切賠償義務を負わないことになる³³。規則の次元が異ならないとすれば、常に充足されうるかされえないかという二項対立でとらえるよりも、第2条と第11条は相関的に可能な限り高い程度実現されることを命じられている「原理」としてとらえるべきではないのだろうか。実際に、本件BIT第11条の文言を振り返ってみると、「不可欠の安全保障に関する利益の保護のために必要な措置をいずれかの当事国がとることを、本条約は排除しない」からといって、必ずしも第2条といった他の義務の遵守から完全に免責されると読み取ることはできない。むしろ、投資家保護を謳う条約としては、第2条の投資家保護と第11条の不可欠の国家の安全保障に関する利益保護とは、可能な限り高い程度実現されることが要求されていると考える方が正当であろう。つまり、これは原理間の衝突の問題としてとらえるべきであったのである。

2-1-2. Enron事件の脱構築

それでは、仲裁廷は、第2条と第11条のどちらが優先されるべきであるかをいかにして判断するべきであったのであろうか。

アレクシーによれば、一方の原理が他方の原理より大きなウエイトを持つのは、その事件で与えられる条件の下で前者が後者に優先する十分な理由があるときである。原理間の衝突は、具体的事件における原理のウエイトの比較衡量を通じて条件付き優先関係を確定し、それに対応するルールを定めることによって解消される。³⁴

これを踏まえると、緊急避難援用の要件は慣習国際法上確定しているのに対して、第2条と第11条の関係が原理衝突である以上、その優先関係はケース・バイ・ケースで異なる条件関係が規律しうることになる。

アレクシーは、一般的に、原理はルールの理由であり、ルールは個別的規範の理由であるという。さらに、法律学において最終的に問われるのが、何がなされるべきかであることを顧慮すれば、法律学において原理モデルの代わりに、価値モデルから出発することが十分可

³¹ Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hung. v. Slov.), 1997 I.C.J. 7, 76 (Sep. 25).

³² CMS Annulment, *supra* note 20, at ¶¶122-127.

³³ Cf. Draft Article on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, art. 27, *supra* note 11, at 50.

³⁴ 亀本, *supra* note 29, at 100.

能である。そこで、事件ごとに価値又は原理の条件付き優先関係を確定し、それに対応するルールを定立する、比較衡量を用いるべきであると主張するのである。³⁵

均衡性判断を行う上で、原理が、それ自体ではその適用を規制しないがゆえに、比較衡量を、それを行うものの恣意にゆだねるとか裁判官の主観主義と決断主義の余地が開かれるといった批判がありうる。この点、アレクシーは、確かに比較衡量があらゆる場合に唯一の答えに導く手続きではないことをつく限りで当たってはいるが、それを根拠に比較衡量が合理的な手続きだとか非合理的な手続きだとかいう結論を引き出そうとするかぎりではあたっていないと述べる。この優先命題を基礎づけるために、一例として解釈の基準や先例が挙げられている。³⁶

実際に Enron 事件の解釈や他の仲裁判断を検討する前に、もう少し原理衝突の議論を深めておこう。

2-1-3. 両義性の視点

本件では投資家の保護と投資受け入れ国の秩序回復の双方ができる限り達成されるために、均衡性に基づく判断がなされるべきであった。しかしながら、両者は完全に対立関係にあるのであろうか。山本は、日本国内法の文脈であるものの、「経済秩序維持法令は、たしかに私法原理要請と対立するとしても、まさに私人間の取引の前提となる環境を整備しようとするものであるがゆえに、その実現が優先されねばならない」³⁷と述べている。投資保護協定の目的は、投資を行う側と、投資を受け入れる側の双方の利益を保護することにある³⁸。Enron 事件のように緊急避難の厳格な要件充足を経済危機に陥ったアルゼンチンに求めることは、それは投資家の側にとっても継続的に投資を続けていた（いこうとしていた）場所を失うとともに、投資受け入れ国の経済秩序が相当に破壊されることは今後の国家の経済活動に相当な影響を与える。経済的公序論の考え方に立ち、US-Argentina BIT 第 11 条の目的である秩序の保護が過剰に行われないように、それによって制約される投資家の利益の衡量を行うことこそが、投資環境の保護からも有益なのである³⁹。

2-2. US-Argentina BIT 第 11 条上の衡量

前提として、仲裁廷は「不可欠の安全保障利益」に関する主張の立証責任をアルゼンチンに負わしていた。この点は、投資家保護の観点からも正当であると思われる⁴⁰。それでは、

³⁵ *Ibid.*, at 102-3.

³⁶ *Ibid.*, at 111.

³⁷ 山本敬三『公序良俗論の再構成』246 頁(有斐閣、2000).

³⁸ M. Shaw, *International Law* 838 (6th ed., 2008).

³⁹ 山本, *supra* note 37, at 251.

⁴⁰ 例えば、アルゼンチン危機に関して、第 11 条の請求を認容した LG&E 事件では、寄与の立証責任を申立人側に課し、十分な立証がなされていないと判断した。立証責任の分配に関して、この事件が批判されるゆえんである。See A. NEWCOMBE & L. PARADELL, *supra* note 27, at 522.

Enron 事件を均衡の基準に照らして検討すると、どのような評価を加えることが可能であろうか。衡量の基準としては、比例原則、すなわち目的の正当性、目的に対する手段の適合性、その手段の必要性、そして厳しい制約手段にはそれに見合う重要な目的があるという（狭義の）均衡性が判断基準として広く採用されているため⁴¹、これに沿って検討していく。

2-2-1. 目的の正当性

まず検討すべきは、アルゼンチンの経済危機が第 11 条の援用を認める範囲に入るか否かである⁴²。緊急避難で構成した仲裁廷は「国家の不可欠の利益に関係するほど国家の存在それ自体、独立を危うくする状態だ」という議論には説得力がない(¶306)」と述べる。これに対して、Enron 取消決定によれば、仲裁廷が「アルゼンチン政府が当該危機に対処でき、存在し機能し続けていた」ことをもって国家への脅威の存在認めなかった⁴³。これでは経済危機において違反の認定を回避することは不可能となってしまうかねず、経済的公序論の立場からは認められえない結論である。しかし、取消決定は仲裁廷が必ずしもこの要件を最終的に判断していないという立場をとっている⁴⁴。つまり、アルゼンチンが立証しきれていないだけであって、緊急避難よりも軽い状況でも認められる第 11 条の「不可欠の安全保障利益」に本件の経済危機が含まれる可能性は依然として残されている⁴⁵。

2-2-2. 手段の適合性

次に検討すべきは、公の秩序を保護するため、いかに危機に立ち向かったかである⁴⁶。この点、仲裁廷の判断は「アルゼンチンによる当該緊急避難への実質的な寄与(a substantial contribution)があり、もっぱら外因的要因によるとは主張できない(¶312)」と述べている。しかしながら、取消決定は、仲裁廷の判断過程に瑕疵があるとした。すなわち、仲裁廷はまず Edwards Report やその他の事実を調べ、次に国家責任条文第 25 条 2 項(b)の法的要素を事実にあてはめ、最後に寄与があったかどうかの結論を述べるという過程をたどるべきであったにもかかわらず、2 つ目の過程を経ていないと判断した⁴⁷。「唯一の手段」の要件同様に、Edwards Report が述べた、アルゼンチンの政策判断の誤りによって経済危機が引き起こされたという経済学的な意見を取り入れるべきではないという点が強調されている⁴⁸。

取消決定の解釈の流れ自体は三段論法の指摘として正当なものではあるが、Enron 事件は

⁴¹ A. Sweet & J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72, 75 (2008).

⁴² A. Sweet, *Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier*, 4(1) L. & ETHICS HUMAN RIGHTS 47, 70 (2010) available at <http://www.bepress.com/lehr/vol4/iss1/art4>.

⁴³ Enron Annulment, *supra* note 22, at ¶358.

⁴⁴ *Ibid.*, at ¶360.

⁴⁵ 第 11 条を広く解釈するものとして W. Burke-White & A. von Staden, *supra* note 23, at 349-55.

⁴⁶ A. Sweet, *supra* note 42, at 70.

⁴⁷ Enron Annulment, *supra* note 22, at ¶393.

⁴⁸ *Ibid.*, at ¶391-3.

本当に 2 つ目の段階を踏んでいないのだろうか。国家責任条文のコメンタリーを参照すると、第 25 条にいう寄与は「単に附随的または重要性に乏しいものではなく、十分に実質的でなければならない(must be sufficiently substantial and not merely incidental or peripheral)⁴⁹」とされている。先ほど引用した Enron 事件の判断では、「実質的」という法的基準を仲裁廷が考慮しており、取消決定が述べるような法的三段論法の飛躍はない。しかしながら、その寄与が「十分に実質的」であったかについては、なお詳細な検討を要する。

申立人の主張では、「財政節度、柔軟な人材活用と雇用創出、外国貿易を受け入れ、カレンシーボードの信頼維持を保証する 1990 年代の構造改革不実施(¶300)」といった寄与が挙げられている。これに対して、アルゼンチンは、経済危機が 2000 年に生じたアジア、ロシアの経済危機、ブラジルの貨幣切り下げ、アメリカドルの強力化といった外部からの影響によるものだと主張した(¶297)。仲裁廷も述べるように、危機を突然引き起こした要因は内因的・外因的の両方の種類の要因が介在するところにある(¶311)のであって、判断がきわめて難しい。仲裁廷の論理に従えば、実際に経済危機において国家の寄与が認められる可能性がきわめて高くなると言わざるを得ない⁵⁰。ここで、寄与の要件は、当事者が自己の過失によって法的利益を得ること(taking legal advantage of its own fault)を妨げるために成立した法の一般原則を反映している(¶311)⁵¹。よって、判断基準時は事後であってはならず、政策を選択した時点での過失が認められるかを検討するべきである。経済危機において、対応策が明らかではない場合には、過失が認められないため、第 11 条の援用が容認されよう。

Continental 事件⁵²によれば、たとえ国家の故意ではあるが正当な政策の結果として、その国家の安全保障上の利益を保護しなければならなくなったとしても、第 11 条は援用を妨げられない。これに対して、国家が別の政策を選択することで経済危機への寄与を回避することができたならば、それは不必要な政策であることがわかる。この判断が示すように、国家の危機への寄与があったか否かの判断は、目的に適合する政策か否かを一つの基準として判断することが可能である。本事案においては、アルゼンチンが 2002 年まで兌換制の政策転換の必要性を認識できなかったというのは説得力に欠けるため、別の政策に転換しえたかかもしれないが、その反面、政治的混乱が続いていたという特殊事情の存在もある⁵³。これらの事実を総合的に見て、2002 年までに寄与を認識し、改善策を講じることの可否を仲裁廷は検討すべきであったという。

⁴⁹ J. CRAWFORD, THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION'S ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY INTRODUCTION, TEXT AND COMMENTARIES 205 ¶20 (2002) (筆者強調).

⁵⁰ 山田, *supra* note 5, at 74.

⁵¹ See also, *Sempra Energy Int'l v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16, ¶353 (Award of Sept. 28, 2007).

⁵² *Continental Casualty Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9 ¶234 (Award of Sept. 5, 2008) [以後 Continental].

⁵³ 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—アルゼンチン経済危機に見る限界とその示唆—」RIETI Discussion Paper Series, 09-J-003 [40 頁] (2009).

2-2-3. 手段の必要性

緊急避難は、非常に厳格な「唯一の手段」を要件としている。仲裁廷はこの唯一性を否定したが、代替手段を提示することが自らの役目ではないとして、具体的にアルゼンチンが取りえた措置を検討していない(¶309)。そこで、申立人の主張を参考にすると、経済学者の意見(Edwards Report)によれば、必ずしもペソ化(pesification)しなくとも、ウルグアイの政策を例に出して、そのような措置を採用することが可能であった点を指摘している(¶300)。

これに対して、取消決定は、第一に「唯一の手段」の解釈は複数の可能性を孕むと述べ、文字通り他に一切取りうる措置がないという解釈、国際法の違反がより軽くなるような方法による不可欠な利益の保護を図る代替手段があってはならないという解釈を例示する⁵⁴。第二に、仲裁廷が措置を取ることで得られる効果とそれが得られる可能性の比較衡量を行っていないことを指摘する⁵⁵。これとの関連で、国際法上の均衡性を研究したSweetは、必要性が一般的により制限的でない他の代替手段のないこと(LRA)を指し、アルゼンチンが必要以上に投資家に不利益を被らせなかったかが検討されるべきである、との指摘している⁵⁶。取消決定は、最後に、他の手段が存在したかを決定する基準時や国家の裁量の余地の有無を仲裁廷は明示していないと指摘する⁵⁷。CMS取消決定の流れをEnron取消決定も取り入れているが、同じくCMS取消決定を参照しているContinental事件は、欧州人権裁判所の「裁量の余地」の法理にのっとって、アルゼンチン政府の裁量を広く認めた⁵⁸。

必要性の解釈は、投資家保護の目的論的解釈であることから、条約の目的を明確にするために前文を参照することが一つの選択肢として挙げられよう。前文において投資家保護のみが謳われるならば、条約作成交渉の過程で前文に国益保護を加えなかった国家の帰責性を認め、投資家保護により重点を置く解釈を採用することも考えられる⁵⁹。特に、本件BIT前文においては、実際に国益の保護に関する内容が一切書かれていないのである⁶⁰。よって、Enron事件が採用した「唯一の手段」の基準は厳しすぎるとはいえ、Continental事件ほど広く裁量を認めるべきとも言い切れない。LRAの基準は、投資家保護を前面に出しつつ、国家の不可欠の利益を保護する上で、適切な基準となりえたのではないだろうか。

⁵⁴ Enron Annulment, *supra* note 22, at ¶369-70.

⁵⁵ *Ibid.*, at ¶371.

⁵⁶ A. Sweet, *supra* note 42, at 70.

⁵⁷ Enron Annulment, *supra* note 21, at ¶372.

⁵⁸ Continental, *supra* note 52, at ¶181.

⁵⁹ A. NEWCOMBE & L. PARADELL, *supra* note 27, at 116.

⁶⁰ 前文：Desiring to promote greater economic cooperation between them, **with respect to investment by nationals and companies** of one Party in the territory of the other Party; Recognizing that agreement upon **the treatment to be accorded such investment** will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties; Agreeing that **fair and equitable treatment of investment** is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective use of economic resources; Recognizing that the development of economic and business ties can contribute to **the well-being of workers** in both Parties and promote respect for **internationally recognized worker rights**; and having resolved to conclude a Treaty concerning **the encouragement and reciprocal protection of investment**;...(筆者強調).

この解釈問題は、投資仲裁が投資家と国家を平等な立場において解決を行っている反面、それは当事国としての条約解釈を行う利益を曖昧なものとしてしまう危険性を内包しているといった論点につながる⁶¹。そこで、仲裁廷は投資家保護を目的としたBITの解釈を行うものの、国家のそれに対する反応をも考慮に入れることで、「対話」を成り立たせ、解釈に取り入れていくことが期待されている⁶²。

2-2-4. 手段と目的の均衡性

最後に、必要性が満たされているとしても、投資家の利益が国家の保護しようとする利益よりも大きい場合は、投資家保護が優先する⁶³。仲裁廷は「投資条約の文脈においては、義務の究極の受益者である私的行為体(the private entities)の利益を考慮する必要(¶342)」に言及し、緊急避難の要件を制限的に解釈している。しかし、投資家の利益を緊急避難の要件に読み込むと、その援用可能性を著しく狭める恐れがある⁶⁴。特に、アルゼンチンの場合は経済危機のみならず、多くの事件が仲裁に付託されており、その賠償額も莫大になる危険を内包している。敗訴が続くと、ICSIDの制度からの脱退に踏み切ることも予想され、投資保護制度崩壊につながることもなにかねないことにも注意が向けられるべきである⁶⁵。

3. 結びにかえて

公正衡平待遇違反では「ルールの衝突」、投資家保護と国家の秩序保護の対立を「原理衝突」と構成しなおした上で、Enron事件の判断の内容を検討してきた。その過程で、仲裁廷の理由づけが不明確であったり、判断が対立する利益のどちらかに偏っていたりしていることが明らかになったと思う。亀本が指摘するように、まさに、検討してきたアレクシーのモデルの優れている最大の点は、検討のプロセスを明るみにだし、原理の比較衡量においていったい何と何とが比較されるのかを明らかにしたことに認められる。この比較衡量の結果導かれるルールがいかなるものとして確定されるかは、法的議論にかかってくるのである⁶⁶。この指摘は、Enron事件と、取消決定やContinental事件といったアルゼンチンの主張を認容した判断の存在が示す、法的解釈の不統一性に対する痛烈な批判となりうる。確かに仲裁は伝統的に裁判と区別されてきたが、ICSIDが制度として類似した事件を多く扱う事態となった以上、特に裁判所に求められてきた解釈の一致が仲裁にも要求されているのである。解釈の統一は、勝敗を予測する投資家にとっても、被申立国であると同時に制度の構築主体である国家にとっても、有益だからである。

もっとも、アレクシーのモデルが、本判断が採用したような緊急避難の明確な基準と比べ

⁶¹ A. Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States*, 104 AM. J. INT'L L. 179, 184 (2010).

⁶² *Ibid.*

⁶³ A. Sweet, *supra* note 42, at 70.

⁶⁴ 川瀬, *supra* note 53, at 39.

⁶⁵ A. Sweet, *supra* note 42, at 68-9.

⁶⁶ 亀本, *supra* note 29, at 118.

ると、判例の蓄積がない紛争の勝敗を予見する上で劣ることは否めない。しかし、紛争解決の予見可能性を高めるために、原理間の利益の衝突を無視して、ルールの特立を無理やり導入することは、当事者の公平性に反しかねない。あくまで立法論として、今後投資保護協定に国家の不可欠の利益保護の規定を挿入する際に、事前の予見可能性を高める目的で、ルール、つまり要件を明示した文言を選択すべきである。そのため、アルゼンチンの経済危機をめぐる US-Argentina BIT 上の一連の仲裁判断は、今後の国家の利益が投資家の利益と衝突する際の仲裁判断の基準にとどまらず、将来のルール作りに重要な基準を提供することも間違いない。

Enron 事件の緊急避難の箇所が取り消されたので、再び判断が下されることになる。他にも、アルゼンチンとアメリカの企業の間には多くの事件があり、これからどのような判断が示されていくのか、注目されよう。

平野実晴（ひらの・みはる）
京都大学法学部 3 年

2011/2/21