

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 ーアルゼンチン経済危機にみる限界とその示唆ー*

川瀬 剛志**

要旨

2001年の経済危機に際してアルゼンチンが講じたペソのドルペグ(兌換計画)停止、ガス料率改定凍結等の一連の措置は、90年代に同国が推進したガス産業民営化および外国資本誘致がもたらした投資財産を損なった。被害を受けた投資家は、それぞれ母国とアルゼンチンの間の投資協定を援用し、投資仲裁により損害賠償を請求した。

これら一連の案件において、アルゼンチンは一般国際法上の緊急避難の法理および投資協定上の安全保障条項を援用し、経済危機への一連の対応の正当化を試みた。これに対して、仲裁廷の判断はかかる主張を退けるものと、認容ないしはその可能性を示唆するものに分かれた。仲裁廷の法解釈および事実評価は、一般国際法と条約の関係、危機の程度、危機に対するアルゼンチンの寄与、アルゼンチンの危機への対応手段の不可避性等の点につき、一致を見ない。

かかる司法判断の混乱は、援用された例外／適用除外規定が極めて一般的に規定されていること、更に、これらが基本的に政治的・軍事的な重大事態に関する規定で必ずしも経済的困難を想定していないことに起因する。一連のアルゼンチン関連事案が示すように、かかる経済的セーフガード条項の不備は受入国の投資協定へのコミットメントを萎縮させ、かえって投資環境の予見可能性を損ないかねない。更に、例外／適用除外規定の解釈・適用にあたる仲裁廷および投資仲裁制度全体の正当性を著しく損なう恐れも否めない。

問題解決のためには、経済基盤の脆弱な途上国における投資保護にこそ投資協定が重要な役割を担うことに鑑みて、今後の投資協定に経済的セーフガード条項の導入が望まれる。その導入例は既に MAI 草案や一部の先進的な投資協定に見られるが、更にアルゼンチン関連事件および通商法における輸入救済法からの示唆を考慮に加えつつ、包括的な経済危機に対応できる制度を策定していく必要がある。

* 本稿は〔独〕経済産業研究所「対外投資の法的保護の在り方」プロジェクト（代表：小寺彰ファカルティフェロー）の成果の一環である。研究報告の機会には、小寺 FF、本プロジェクト委員、ならびにオブザーバー各位から有益な示唆を得た。また、調査・校正には小場瀬琢磨、坂巻静佳（RIETI リサーチアシスタント）の両氏から助力を得た。記して謝意を表する。過誤は筆者に帰する。

** 上智大学法学部教授・〔独〕経済産業研究所ファカルティフェロー／e-mail: ts-kawas@sophia.ac.jp

1 はじめに — 本稿の問題意識と射程 —

近時、法制度化（legalization）の進行が、国際法の各分野において確認できる。経済分野もその例外ではなく、とりわけ通商に関する国際法規範については、WTO 協定を憲法的中心として、各国国内法、地域経済統合協定のグローバルな標準化が進行しつつある。これに対して国際投資法は、同じく国際経済法の一分野に数えられるが、そこでの法制度化の状況は相当異なっている。国際投資の法的規律手段は依然として二国間・地域投資協定であり、しかもその数は 2006 年末時点で 2600 超に達するともいわれている¹。この複雑化した状況のゆえに、統一的な多国間投資規律の必要性を訴える議論が喚起されてきた。しかしながら 1998 年の OECD 多国間投資協定（MAI）および 2003 年の WTO ドーハラウンド投資協定交渉化の頓挫によりかかる試みは潰え、依然として二国間投資条約（BIT）、地域経済協定の投資章、およびそれらに基づく仲裁裁判の判断を通じ、投資保護・自由化に関する法規範の集積が進行している²。このように、投資については WTO のような「集権的」な方向と比べて、いわば「分権的」な法制度化が徐々に進んでいるという全般的特徴が指摘できよう。

この間、例えば最恵国待遇、内国民待遇、収用、あるいは公正衡平待遇原則といった投資保護・自由化にかかわる基本原則を中心に、これら多数の協定の規律内容には共通性があり、ある種の慣習法的な規範の集積が形成されつつあることが指摘されるようになった³。これに対して投資保護・自由化の例外については、その多様性が投資に関する国際慣習法の生成を不可能ならしめていると評されるほど、依然その内容は協定毎に異なっている⁴。例えば、UNCTAD の最近の研究は最近 10 年の二国間・地域投資協定を俯瞰しているが、ここでも例外条項のあり方が一様でないことは実証的に明らかにされている⁵。

投資法、特にその例外について法制度化が立ち後れている中、今世紀初頭のアルゼンチン経済危機に対する同国政府の対応は多くの投資協定違反を惹起し、40 を越える

¹ UNCTAD, INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT AND IMPACT ON INVESTMENT RULEMAKING 7 (2007).

² GUS VAN HARTEN, INVESTMENT TREATY ARBITRATION AND PUBLIC LAW ch. 2 (2007); Muradu A. Srur, *The International Investment Regime: Towards Evolutionary Bilateral & Regional Investment Treaties?*, 1 MANCHESTER J. INT'L ECON. L. 54 (2004); Kenneth J. Vandevelde, *A Brief History of International Investment Agreements*, 12 U. C. DAVIS J. INT'L L. & POL'Y 157, 175-93 (2005).

³ CAMPBELL MCLACHLAN ET AL., INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES 18-21 (2008); Andreas F. Lowenfeld, *Investment Agreements and International Law*, 42 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 123 (2003).

⁴ M. SORNARAJA, THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT 257 (2nd ed. 2004).

⁵ 例外条項の多様性については、UNCTAD, *BILATERAL INVESTMENT TREATIES 1995-2006: TRENDS IN INVESTMENT RULEMAKING* 80-99 (2007)を参照。

多数の案件が投資紛争解決国際センター（International Centre for Settlement of Investment Disputes—ICSID）に付託される結果を招いた⁶。これらの事案では、アルゼンチン政府は同国の一連の危機対応措置につき、一般国際法上の緊急避難（state of necessity）の抗弁⁷およびそれを投影したと解釈される投資協定上の安全保障条項⁸の援用を試みている。国際法上の緊急避難については、国連国際法委員会（International Law Commission—ILC）による 2001 年の国家責任条文第 2 次草案（以下「草案」）⁹第 25 条によって、一般国際法により定立された法理の一応の明文化が図られている。しなしながら、本稿で検討する 6 件の仲裁判断¹⁰—CMS 事件¹¹、LG&E 事件¹²、エンロン事件¹³、センプラ事件¹⁴、BG 事件¹⁵、およびコンチネンタル事件¹⁶—は、同一事実に関する事案につき同一の一般原則を適用したにもかかわらず、意見を異にした¹⁷。こ

⁶ ICSID の紛争データベース

（http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Cases_Home）によれば、経済危機以降に付託された対アルゼンチン投資仲裁は、41 件を数える。

⁷ 訳語としては「緊急状態」ないしは「緊急事態」も見られると指摘されるが（広部和也「ガブチーコヴォ・ナジマロシュ計画事件」『国際司法裁判所 — 判決と意見 第 3 巻（1994-2004 年）』237 頁以下所収 262 頁（2007））、本稿では以下一貫して「緊急避難」と表記する。

⁸ バーク・ホワイト（William W. Burke-White）およびフォン・スタッデン（Andreas von Staden）は、一般的に安全保障、国際的平和、公德、ないしは公衆衛生等の政策目的達成の手段を（主に経済）条約の義務が妨げないとする一定の範囲の例外条項について、non-precluding measure (NPM) clause というカテゴリーを創設し、これに該当する条項の法的性質の一般化を試みている。しかしながら、バーク・ホワイトおよびフォン・スタッデンの所論への賛否に中立的な表現であること、および本稿の射程では安全保障・国際的平和に関する投資協定の例外／適用除外条項のみが検討の範囲となることから、単に安全保障条項という表現を用いる。William W. Burke-White & Andreas von Staden, *Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties*, 48 VA. J. INT'L L. 307 (2008).

⁹ U.N. General Assembly, Int'l Law Comm'n, *State Responsibility: Titles and Texts of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts Adopted by the Drafting Committee on Second Reading*, U.N. Doc. A/CN.4/L.602/Rev.1 (July 26, 2001).

¹⁰ このほかにアルゼンチン・チリ投資協定（Tratado entre la Republica Argentina y la Republica de Chile sobre promocion y proteccion reciproca de inversiones, Arg.-Chile, Aug. 2, 1991, 2170 U.N.T.S. 356）に基づく ICSID 仲裁の判断が示され、アルゼンチンはここでも緊急避難を援用した。ただし、本件では投資家の権利侵害および損害のいずれも認められなかったため、仲裁廷は緊急避難の成否について判断を要しなかった。Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/5, ¶¶211-213 (Award of June 6, 2008). よって、本稿では本件に言及しない。

¹¹ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8 (Award of May 12, 2005) [hereinafter CMS].

¹² LG & E Energy Co. et al. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1 (Award of Oct. 3, 2006) [hereinafter LG&E].

¹³ Enron Co. and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3 (Award of May 22, 2007) [hereinafter Enron].

¹⁴ Sempra Energy Int'l v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16 (Award of Sept. 28, 2007) [hereinafter Sempra].

¹⁵ BG Group Plc. v. Argentina (Arb. pursuant to UNCITRAL, Final Award of Dec. 24, 2007) [hereinafter BG].

¹⁶ Continental Casualty Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9 (Award of Sept. 5, 2008) [hereinafter Continental].

¹⁷ ただしコンチネンタル事件のみ他の 5 件とは異なってガス産業に無関係のため、当該事件については厳密には事実関係の主要な部分の一部が異なる。

れら一連の事件は、経済危機に適した明晰な例外規定の欠如により、本来投資協定が保障するはずの投資環境に関する安定性・予見可能性が損なわれる懸念を顕在化させる結果となった。

以下本稿では、このアルゼンチン経済危機をめぐる一連の仲裁判決を題材として、実定国際経済法の見地から、草案第 25 条および投資協定中の安全保障条項に投影される緊急避難の法理が、いわば通商分野における GATT 第 19 条に相当する経済的セーフガードとして機能することの限界を示す。更に、この教訓から投資自由化・保護には経済的困難を理由としたセーフガードが、国際投資法・投資仲裁制度の健全な長期的発展の観点から必要であるとの認識を示す。加えて、これらの仲裁判断から導かれる緊急避難のセーフガードとしての限界から、今後の投資協定交渉における例外条項の起草において一定の指針となるべき示唆を得る。

2 緊急避難と国際投資協定

国際公法上の緊急避難の法理一般に関する検討については、本稿にも引用されているように既に優れて包括的にこれを行った業績が公表されている。したがって、本稿がかかる一般国際法上の議論に立ち入ることは不要であり、議論の射程を超えるものとする。以下はあくまで本論に必要な予備的考察の範囲において、当該法理の概略のみを示しておく。

緊急避難の法理については、歴史的に古くは 1797 年のネブチューン事件ジェイ条約委員会裁定もグロチウスの古典的見解に依拠してその国際法規範性を認め、後の国際裁判、更に戦後の ILC による法典化作業を通じ、その発展と明確化が図られてきた¹⁸。最近の事例では、1997 年のガブチーコヴォ・ナジマロシュ計画事件 ICJ 判決（以下「ナジマロシュ判決」）¹⁹が、明確に一般国際法上の原則としての緊急避難の地位を認め、現在の草案第 25 条の前身である国家責任条文第 1 次草案第 33 条²⁰を基準として緊急

¹⁸ 緊急避難法理の歴史的展開については、以下を参照。山田卓平「国際法上の国家責任論における緊急避難」『21 世紀国際法の課題＜安藤仁介先生古稀記念＞』223 頁以下所収（浅田正彦編、2006）、山田卓平「国際法における緊急状態理論の歴史的展開」『神戸学院法学』35 巻 4 号 1 頁以下所収（2006）、Andrea K. Bjorklund, *Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure*, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 459, 464-71 (Peter Muchlinski et al. eds., 2008); Roman Boed, *State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct*, 3 YALE HUM. RTS. & DEV. L.J. 1, 4-12 (2000); Andreas Laursen, *The Use of Force and (the State of) Necessity*, 37 VAND. J. TRANSNAT'L L. 485, 490-500 (2004).

¹⁹ Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hung. v. Slov.), 1997 I.C.J. 4 (Sept. 25).

²⁰ U.N. General Assembly, Int'l Law Comm'n, *Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Eighth Session (6 May-26 July 1996)*, 61-62, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2).

避難の要件を明確化し、重要な里程標となっている²¹。草案第 25 条はこのナジュマロシュ判決を受けて起草されており、同草案に対する ILC 注釈²²は広汎に同判決の説示に言及している。

草案第 25 条（本稿末尾付録に転載）によると緊急避難を援用するためには次の 6 つの要件の充足が必要である。その第一は、「不可欠の利益（an essential interest）」²³の存在である。第二に、その利益が「重大かつ急迫の危険（a grave and imminent peril）」に晒されていなければならない。第三に、危機に対応する違法行為は、不可欠の利益を守る唯一の方法でなくてはならない。第四に、違法行為は義務の相手国または国際社会全体の不可欠の利益の重大な侵害となつてはならない。第五に、当該国家の負う国際的な義務によって、緊急避難の援用が排除されてはならない。最後に、緊急事態に当該国家が寄与してはならない。それぞれの要件の解釈については、後に具体的に本稿で扱う仲裁判断の説示に照らして論じる。

緊急避難の法的性質は、草案上明示的に国際違法行為の「違法性を阻却する根拠として（as a ground for precluding the wrongfulness）」規定されている。この草案の文言に忠実に理解すれば、緊急避難は行為としての違法性の排除（そもそも問題の行為は違法ではないとする）、つまり緊急時の行為の正当化（justification）として捉えられる²⁴。しかしその後、第 2 次草案の ILC 注釈では緊急避難は随所で免責（excuse）として位置付けられており、その性質の変容が指摘されている²⁵。国家責任法の法典化に際して ILC 特別報告者を務めたクロフォード（James Crawford）も、第 2 次草案第 1 部第 5 章に規定される行為はいずれもそれ自体は違法であり、同章はたしかに違法性阻却事由ではあるが、国家を本来の国際法上の義務から免れさせるものではないことを指摘する。クロフォードによれば、草案はむしろ違法行為を犯した国家の責任（responsibility）のみを解除する「ある種の『抽象的な』違法性（a sort of “wrongfulness” in abstract）」を観念しており、その意味では緊急避難はあたかも責任阻却事由のようであると評される。また、緊急避難は賠償の可能性を伴うことから、

²¹ 広部前掲注(7)262-63 頁。ただし、当事国が第 1 次草案第 33 条草案への依拠に同意していたため、このような判断が可能であったことが指摘されている。山田「緊急避難」前掲注(18) 241 頁。

²² U.N. General Assembly, Int'l Law Comm'n, *Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-Third Session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001)*, 80-84, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2).

²³ 本稿の草案邦訳は、『解説条約集（2008 年版）』122 頁（広部和也・杉原高嶺編集代表、2008）より抜粋した。

²⁴ Sarah F. Hill, *The “Necessity Defense” and the Emerging Arbitral Conflict in Its Application to the U.S.-Argentina Bilateral Investment Treaty*, 13 LAW & BUS. REV. AM. 547, 563 (2007); Vaughan Lowe, *Precluding Wrongfulness or Responsibility: A Plea for Excuses*, 10 EUR. J. INT'L L. 405, 406-07 (1999).

²⁵ Ian Johnstone, *The Plea of “Necessity” in International Legal Discourse: Humanitarian Intervention and Counter-Terrorism*, 43 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 337, 352-54 (2005).

免責に分類されるべきであるとも論じられる²⁶。

投資協定においては、通例、一般国際法上の緊急避難の援用可能性が明示的に規定されているわけではないので、当該原則の適用があるかどうかは、第一義的には投資協定中の適用法規条項に依存することになる。こうした条項の規定振りは多様であるものの、ICSID 条約²⁷第 42 条第 1 項第 2 文に代表されるように、適用法規として当該投資協定自体に条約当事国の国内法および適用可能な国際法等を加えた複合条項 (combined clause) が一般的な類型である²⁸。その解釈につき実際は仲裁判断に一貫性がないことが懸念されるが、適用可能な一般国際法の規則・原則が複合条項に含まれている場合、これを適切に解釈すれば緊急避難は投資紛争にも適用されるものと理解できる²⁹。

その一方で、先述のように、現行の草案第 25 条第 2 項(a)は、条約によって緊急避難の援用が排除されうる旨を規定している。ILC 注釈第 25 条(19)は、こうした排除は明示・黙示のいずれによってもなされうると説明しており、条約の趣旨・目的によっても適用が排除される場合が認められる³⁰。したがって、投資協定自体が緊急避難の適用を排除しているとは解釈できないことが、緊急避難を適用するための前提条件となる。

3 アルゼンチン経済危機と外国投資財産に対する措置

アルゼンチンが 1980 年代に経験した経済危機については既に多くの概説が公表されているが、本稿で取り上げる仲裁判断は多分に事実依存しているため、事態の推移、とりわけ問題の措置と関係の深いアルゼンチンの危機に至るまでの財政・金融上の事実関係につき言及しておく³¹。

3.1 兌換計画導入による経済再建

²⁶ 以上のクロフォードの論説につき、James Crawford, *Revising the Draft Articles on State Responsibility*, 10 EUR. J. INT'L L. 435, 443-45 (1999) を参照。

²⁷ 「国家と他の国家の国民の間の投資紛争の解決に関する条約」昭和 40 年 8 月 25 日公布 (条約第 10 号)、昭和 41 年 10 月 14 日効力発生。

²⁸ TAIDA BEGIC, APPLICABLE LAW IN INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES 26-29 (2005)。

²⁹ *Id.* at 29-56。

³⁰ このような例として国際人道法が挙げられる。August Reinisch, *Necessity in International Investment Arbitration—An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases?: Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina*, 8 J. WORLD INVESTMENT & TRADE 191, 204 (2007)。

³¹ 本稿においては、2001 年のアルゼンチン経済危機および相前後する事実関係の時系列的な推移については、CHRISTINA DASEKING ET AL., LESSONS FROM THE CRISIS IN ARGENTINA 48-51 (2004)、および J. F. Hornbeck & Meaghan K. Marshall, *The Argentine Financial Crisis: A Chronology of Events* (Congressional Research Service, U.S. Library of Congress, CRS Report for Congress RL31582, 2003) に依拠した。

1980年代のアルゼンチンは輸入代替工業化政策による経済成長を指向していたが、この国家主導の成長モデルは国営企業や社会保障に対する公的支出の肥大を招いた。アルゼンチンはこの財政赤字を借入と部分的に通貨乱発によってファイナンスしたが、その結果対外債務の累積と共に、1989年には実に5000%に及ぶハイパーインフレが発生した³²。1989年に発足したメネム政権はその解消のためにワシントンコンセンサスの影響を受けたネオリベラリズム的な経済政策を採用したが、その政策の柱は以下の3本、つまり、①ブレディ提案による対外累積債務の解消、②国営企業民営化、貿易自由化等の経済自由化・規制緩和、ならびに③兌換計画（Convertibility Plan）の採用に集約される³³。

③の実施にあたり、メネム政権は1991年に兌換法（Convertibility Law）を定め、1ペソ＝1ドルの固定相場制を導入した。この制度の下では、通貨乱発による財政赤字補填を当局に不可能ならしめるため、中央銀行のベースマネーは外貨準備高・外貨建国債の範囲に留められ、固定レートはその裏付けとして導入された。兌換計画の本質は、要するにいわゆるカレンシー・ボード制に準じた政策枠組みと言える³⁴。

3.2 兌換計画下における海外投資招致と民営化

このように、アルゼンチンの兌換計画の成否はもっぱら外貨準備高の確保に依存しているが、当時のアルゼンチンの経常収支は赤字で、この外貨は資本収支の黒字によって賄われるよりほかはなかった³⁵。実際、アルゼンチンの兌換計画の下では外貨減少はこれと1対1で連動するベースマネーの減少を招き、それに伴う金利上昇による自律的な資本流入が想定されている³⁶。このような財政のメカニズムを前提とすれば、アルゼンチンに海外投資を呼び込みやすい環境を整備する必要があるが、このことは前節のメネム政権による再建策の三本柱の②、すなわち国有企業民営化とも密接に結び

³² 細野健二・塩澤健一郎「アルゼンチン—経済危機とマクロ経済安定化への道のり—」『国際協力銀行開発金融研究所報』第26巻105頁以下所収106頁（2005）。

³³ 宇佐美耕一「アルゼンチン—泡と消えたラプラタの奇跡と第三の道—」『ラテンアメリカレポート』第19巻第2号2頁以下所収2-3頁（2002）、Alan Cibilis & Rubén Lo Vuolo, *At Debt's Door: What Can We Learn from Argentina's Recent Debt Crisis and Restructuring?*, 5 SEATTLE J. SOC. JUST. 755, 757-58 (2007)。

³⁴ アルゼンチンの兌換計画については本節引用の各文献に簡略に解説されているが、比較的詳しい解説として、西島章次「アルゼンチンのカレンシー・ボード制と通貨危機」『金融政策レジームと通貨危機—開発途上国の経験と課題—』177頁以下所収（三尾寿幸編、2003）を参照されたい。

³⁵ Cibilis & Lo Vuolo, *supra* note 33, at 765.

³⁶ 織井啓介「Bipolar Viewの破綻—中南米の為替制度動向が意味するもの—」『開発金融研究所報』第13号135頁以下所収151-52頁（2002）、西島前掲注(34)179頁。

っている。事実、アルゼンチンは 90 年代には積極的に BIT を締結して安定的な投資環境を整備すると共に、民営化された公益事業に対する投資について魅力的な条件を提示するよう努めていた³⁷。

本件で問題となる産業に着目すると³⁸、まずガス産業については、92 年のガス法 (*Ley del Gas*) およびその実施のための政令 1738/92 号により、送ガス (transportation) 事業およびガス供給 (distribution) 事業の規制枠組みが制定され、その実施機関として国家ガス規制機構 (*Ente Nacional Regulador del Gas*— ENARGAS) が設立された。同じく 92 年に政令 1189/92 号により国営のガス公社 (*Gas del Estado*) は、2 つの送ガス会社および 8 つのガス供給会社に分割民営化され、その株式は内外の投資家に対して公開入札に付された。本稿で検討する仲裁裁判のうち 5 件の申立人も、それぞれこれらのいずれかの株式を取得している。これらの企業の標準的な事業免許は政令 2255/92 号の事業免許基本規則 (*Regulas Basicas de la Licencia*) で定められ、それぞれの会社について個別の事業免許が政令で承認されている。同規則によれば、標準的な事業免許の期限は 35 年間である (ただし 10 年の延長可能性あり)。

アルゼンチン政府はこの民営化ガス会社への海外投資誘致のため、目論見書 (offering memorandum) を市場に回付し、以下のような投資保護の条件を積極的に宣伝したが、5 件の仲裁の申立人はすべてこれらの条件の下に投資を行っている。まず先の実施政令 1738/92 号は、ガス料率はすべてドル建てで計算され、料金請求時にペソ換算されること、ならびにライセンシーによる同意ないしは法令・免許等への違反なしに免許の改廃は許されないことを保証した。また、事業免許基本規則によれば、料率は米国の生産者物価指数 (Producer Price Index—PPI) に連動し、半年ごとに改定される。このほかにもアルゼンチン政府は、補助金の中立性確保、ガス料率への価格凍結の不適用も約束している。要するにこれらの条件は、1 ドル=1 ペソの固定相場に支えられてペソ下落のリスクを回避し、更に料率設定に物価上昇リスクを織り込むことによって、投資家に利益の面で安定した投資環境を保証するものと総括できよう。

このように投資家は、潜在的な為替およびインフレ率の変動リスクから保護される一方で、ライセンシーにはガス料率の自主的な決定権限がなかったことには留意すべきである³⁹。ガス法によれば、最高ガス料率は ENARGAS が 5 年を 1 期として決定し、「免許を受けた公益事業者が『合理的な利益』を回収できる公正かつ合理的な水準で

³⁷ Paolo Di Rosa, *The Recent Wave of Arbitrations against Argentina under Bilateral Investment Treaties: Background and Principal Legal Issues*, 36 U. MIAMI INTER-AM. L. REV. 41, 44-45 (2004).

³⁸ ガス産業民営化のプロセスおよび申立人の投資および享受した投資条件等については、以下を参照。BG ¶¶ 17-52; Sempra ¶¶ 82-92; Enron ¶¶ 41-61; LG&E ¶¶ 37-53; CMS ¶¶ 54-56.

³⁹ Di Rosa, *supra* note 37, at 46.

(a fair and reasonable levels that would allow licensed utility providers to recoup a “reasonable rate of return”）」⁴⁰設定されねばならないとだけ規定されている⁴¹。

もう一方の労災保険産業は、1996年に新たに民営化されたセクターである。コンチネンタル事件申立人の投資先は、この労災保険を提供する Omega ART（後に CNS ART）であり、申立人は同社の株式を1996年に取得、後にほぼ100%を出資している。コンチネンタルによれば、CNSは通常の保険会社と同様に収益目的に金融資産を所有しているが、伝統的に投資行動は堅実であり、預金、短期国債（TB）、政府債など低リスクのものが中心であった⁴²。

3.3 2001年危機の到来と関連投資財産に対する影響

アルゼンチンの一連の施策は90年代半ばには「ラプラタの奇跡」と呼ばれる目覚ましい経済復興に結実したことはよく知られている。しかし98年ごろまでには、アルゼンチン経済について、赤字体質の財政、輸入超過の貿易、対外債務依存の強い金融セクター、および規制緩和が進まず流動性の乏しい労働市場などの問題点が指摘されるようになった。兌換計画のような固定相場制による金融政策・為替レートの制約は、マクロ経済安定化において財政政策に負担をかけ、また柔軟な物価・賃金による外的な経済ショックの緩衝を要することから、このようなアルゼンチン経済の状況は、外部の経済環境の変動に対して脆弱であると評価される⁴³。

実際、1998～2000年にかけて、兌換計画は弊害を及ぼすようになる。まず、98年のメネム大統領再選の可否をめぐる政治的不安定、ロシア通貨危機に伴う新興経済のデフォルト不安に伴う資金調達コストの上昇、および消費者信頼感の下落は、アルゼンチン経済に不況を引き起こした⁴⁴。加えて、米ドルの対ユーロ増価、および1999年のブラジル通貨危機によるレアルの対米ドル減価により、1ペソ＝1ドルの交換レートは、ペソの過大評価を招く結果となった。特にアルゼンチン経済は、ブラジル危機に伴う通貨の実質的切り上がりの影響を最も大きく受けていたとされる⁴⁵。このとき、通常であれば状況の打開には通貨切下げが有効な対応策たり得たが、兌換計画の維持

⁴⁰ LG&E ¶ 39.

⁴¹ なお、93～97年の当初5年の最高料率は事業免許基本規則に定められ、アルゼンチン政府による料率変更によって事業者が被った損害を同政府が賠償することが併せて規定されていた。

⁴² Continental ¶¶ 16, 17, 104, 130.

⁴³ DASEKING ET AL., *supra* note 31, at 3-18.

⁴⁴ *Id.* at 23-24.

⁴⁵ 織井前掲注(36)152-53頁。

がこれを妨げることになる⁴⁶。その結果、主要輸出市場の欧州・メルコスール圏内でアルゼンチン製品が価格競争力を失い、更に折からの貿易自由化により流入してくるブラジル製品に対して国内市場でも競争力を失う結果となった⁴⁷。また、本質的にカレンシー・ボード制である兌換計画が制約となって、不況を回復する有効な金融政策（利下げ、通貨発行等）も実施できなかった⁴⁸。アルゼンチンが兌換計画を維持しつつ固定相場制の下で競争力を回復するには、物価・賃金のデフレを甘受するよりほかはない⁴⁹。

併せて財政再建も効を奏さなかった。税収の伸びおよび徴税率が低水準であり、民営化も一巡してその収入も頭打ちとなった一方、社会保障の民営化がかえって財政負担増につながり、また人件費削減が進まない地方の財政改革失敗の赤字補填は中央政府が担った⁵⁰。兌換計画の下では上記のように通貨発行は制限される一方、当局は赤字のファイナンスとして銀行借入・国債発行を許されていたため、結局のところ財政の健全化はもたらされなかった。また、IMF のコンディショナリティ達成のための構造改革の立法、例えば労働市場流動性確保、社会保障・年金改革等も、実施が十分ではないか、効を奏していない⁵¹。経常収支の悪化に伴うデフォルトの懸念および兌換計画の維持・機能についての市場の疑念は、リスクプレミアによってアルゼンチン政府の資本調達コストを増大させることになり、更には預金引出や資本逃避を引き起こすことでいっそう外貨準備高は減少した⁵²。

アルゼンチンは、2000 年には IMF 等からの約 400 億ドルの緊急融資（2000～2002 年の 3 年間のスタンバイ融資の枠組みにおいて）を取り付け、IMF は順次追加的に

⁴⁶ ANDREAS F. LOWENFELD, INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 721 (2nd ed. 2008).

⁴⁷ 宇佐美前掲注(33)6 頁、西島前掲注(34)182 頁、細野・塩澤前掲注(32)107-08 頁、J. F. Hornbeck, *The Argentine Financial Crisis 3* (Congressional Research Service, U.S. Library of Congress, CRS Report for Congress RS21072, 2003). より例証的な説明として、アン・マークセン／クレリオ・カンポリナ・ディニス「ラテンアメリカにおける地域間競争力格差—機会と制約—」『空間・社会・地理思想』（大阪市立大学）第 9 号 83 頁以下所収 89 頁（本田浩邦・鈴木秀男訳、2004）参照。ただし、アルゼンチン経済に占める貿易の比率は輸出入共に小さく、また価格弾力性の低い一次産品を輸出していたため、実際に発生したレアル切り下りの水準では、アルゼンチンの経済成長に短期的にさほど影響を与えないとする説もある。かかる説は、アルゼンチンの危機は主として高金利・消費者信頼感の低下による内需の減退に原因があると見る。DASEKING ET AL., *supra* note 31, at 30, 34.

⁴⁸ DASEKING ET AL., *supra* note 31, at 26-27. ただし、不況が進行した 1999 年以降については、金融コストの上昇は GDP ギャップと強い相関を有し、また新興経済固有の諸事情により惹起されたことが疑われるので、既にこの時点では兌換計画廃止は金融コスト上昇に対する有効な解決策にはなり得なかったことが指摘される。Id. at 30-31.

⁴⁹ 兌換計画を維持したままでは、アルゼンチンはドル資産の逃避を看過し、通貨供給はあくまで減少した外貨に合わせて行い、国内的に極度のデフレを甘受しつつ国際競争力の回復を待つしか成長・債務返済の途はなかったとされる。西島前掲注(34)182 頁、DASEKING ET AL., *supra* note 31, at 22, 24; Hornbeck, *supra* note 47, at 3-4.

⁵⁰ 西島前掲注(34)181-82 頁、細野・塩澤前掲注(32)108 頁、Cibils & Lo Vuolo, *supra* note 33, at 763-65; Hornbeck, *supra* note 47, at 2.

⁵¹ Continental ¶ 117.

⁵² 織井前掲注(36)151-52 頁、西島前掲注(34)185 頁、細野・塩澤前掲注(32)108-9 頁。

融資を行ったが、ペソ・ドルのスプレッドは拡大を続けた。アルゼンチンは、特に収斂係数（convergence factor）を導入し、ドルペグの交換レートとユーロ・ドル同等の通貨バスケット市価での交換レートの差額を輸出に対して割り戻し、他方で輸入に対して課金した。この施策は実質的なペソの切下げと言え、いっそう兌換計画への信頼を失わしめる結果となった⁵³。

2001年6月には事態打開のために長期償還期間・高金利債務への巨額の借り換え（メガ・スワップ）を行い、当面のデフォルトの危機を回避したが、このことで民間投資家の信用を完全に失い、市場はこれを事実上のデフォルトと見た⁵⁴。果たして2001年半ばからわずか数ヶ月で200億ドルに及ぶ資本逃避が発生し、外貨準備高の急激な減少を経験したアルゼンチンは、遂に2001年12月初頭に預金引出制限（いわゆる *Collarito*）および外貨持ち出し制限を実施した（政令1570/01）。更にIMFは、融資条件となっていた財政改革・構造改革によるコンディショナリティの達成をアルゼンチンが重ねて怠ったことから、遂にスタンバイ融資の12.6億ドルについて貸付前倒しの停止を決めた⁵⁵。国民生活は深刻な打撃を受け、一気に同月20日の暴動・略奪、デ・ラ・ルーア政権の崩壊、およびその後の目まぐるしい政権交代劇へと発展した⁵⁶。そして明けて2002年1月、デュアルデ新大統領はついにデフォルトを宣言する。

この過程におけるガス産業に目を向けると、アルゼンチン政府はかかる状況に対応するため、ガス料率の規制に乗り出した⁵⁷。デフォルト宣言から2年遡った1999～2000年当時、米国はインフレ基調、対してアルゼンチンは深刻なデフレ期にあり、米PPI準拠の料率改定は公共料金の高騰を招くことになった。そのためENARGASは、同年1月に米PPIに基づく料率見直しを半年間凍結するよう免許事業者に要請し、直後の同年7月1日から翌2001年4月30日に凍結分は利子と共に回収されるよう料率設定することで合意した（ENARGAS決定1470/00）。

しかしながら、ENARGASは更に2年間の料率凍結を主張したため、当事者間での交渉が行われた。その結果、2002年6月までの料率改定凍結および凍結による値上げ

⁵³ DASEKING ET AL., *supra* note 31, at 35.

⁵⁴ 西島前掲注(34)185頁、Hornbeck, *supra* note 47, at 2.

⁵⁵ この間のIMFによる融資、審査、およびアルゼンチンによるコンディショナリティの不達成の経緯について、Continental ¶¶ 110-116; DASEKING ET AL., *supra* note 31, at 35-37; LOWENFELD, *supra* note 46, at 721-26を参照。

⁵⁶ Thomas Catan & Richard Lapper, *Argentina Poised for Default and Devaluation Failure to Pay Dollars 155bn Debt Would Be Largest in History: Peronists Battle Over De La Rúa Successor*, FINANCIAL TIMES, Dec. 22, 2001, § 1, at 1; Thomas Catan & Richard Lapper, *Argentine Protesters Go on Rampage Economic Crisis President Appeals for Calm as Thousands of Poor and Unemployed Ransack Supermarkets*, FINANCIAL TIMES, Dec. 20, 2001, at 8.

⁵⁷ 経済危機時のアルゼンチンのガス産業に対する一連の対応については、以下を参照。BG ¶¶ 62-82; Sempra ¶¶ 100-121; Enron ¶¶ 62-79; LG&E ¶¶ 54-71; CMS ¶¶ 59-67.

の繰り延べ分をライセンサーに回収させる安定化基金の創設が、2000 年 7 月に ENARGAS・ライセンサー間で合意された（政令 669/00）。この政令に対しては、オンブズマンから違憲・違法の訴えが提起され、裁判所はその適用の差止請求を 2000 年 8 月に認容した。アルゼンチン政府は、投資誘致条件を著しく害することを理由に差止について上訴したが、棄却されている。これにより、ENARGAS は以後すべての料率改定を停止し、特に危機後の決定 38/2002 号によって ENARGAS はすべての料金見直し・調整の停止を命じられた。

デフォルト後の 2002 年初頭には、デュアルデ政権は緊急法（Emergency Law）を公布して兌換法を廃し、1 ペソ=1 ドルの固定相場を終焉させた。同法は特に公益産業を対象とした様々な規律を含んでおり、公共料金のペソ建計算、米 PPI 準拠の料率改定停止などが規定している。また、政令 214/02 は全ドル建債務を 1:1 でペソ化することを義務づけ、銀行預金のみ 1 ドルに対し 1.4 ペソとした（非対称レート）。更に、緊急法下でドルペグが終焉し、当面は公共部門および貿易関連取引では 1:1.4 のドル・ペソ交換レート、その他は市場レートとする二重相場制を採用していたが、この為替制度は政令 260/02 によって全面的に市場レートの採用に移行した。このため、ペソの価値は 3 分の 1、最安値で 4 分の 1 に暴落した。にもかかわらず、政令 214/02 はドル建て債務については依然 1 ドル=1 ペソのレートでペソ化して支払うことを規定していたので、ガス産業の料金収入は実質的に 3 分の 1 ないし 4 分の 1 に目減りした⁵⁸。

以上のアルゼンチンの措置によって、国外から同国のガス産業に資金を投じていた投資家は多大な損害を被ることになった。つまり、公益事業においては料金収入がほぼ唯一の収入源であるにもかかわらず、上記のようなペソ減価によってこれが激減した。それにもかかわらず、他方で緊急法によって従来通りの公益サービスの提供を義務づけられ、更に設備投資の負債やランニングコストも全てドル等安定通貨建となっていたため、ガス会社の負債は増大し、経営が行き詰まった⁵⁹。CMS 事件申立人を例に採ると、投資先アルゼンチン企業の株価 9 割減、料金収入の 75%減、ペソ下落によるドル建て債務の増加とそれに伴う支払い不能等の損失を申立てている⁶⁰。

他方、緊急法および政令 293/2002 号は公益事業に関する免許条件の再交渉を規定しているが、特にガス産業との交渉は不調であった。2002 年以降のドゥアルデ、キルチネル両政権は、緊急法後の不利な条件下での公共サービス提供を継続させるべく、海外投資家に強硬な姿勢を示し、時に非合法な手段も辞さなかった。再交渉には契約破

⁵⁸ Continental ¶ 142; LOWENFELD, *supra* note 46, at 726-28; Di Rosa, *supra* note 37, at 47.

⁵⁹ Di Rosa, *supra* note 37, at 48.

⁶⁰ CMS ¶¶ 68-73.

棄の圧力をもって応じさせ、当初の投資条件より著しく不利な条件を提示し、一連の措置に起因する損失の補償も拒否した。また、アルゼンチン政府は交渉の前提条件として国内裁判所および国際仲裁への提訴の取り下げを投資家に迫り、投資仲裁の正当性を明確に否定した⁶¹。特に仲裁判決の国内実施については、その違憲性を理由として拒否することを検討している⁶²。加えて国内立法により投資家による国際仲裁への紛争付託を制約し、あるいは紛争を国内裁判に服させる試みが繰り返され、カルボ条項の再来が懸念された⁶³。

他方、コンチネンタルは一連のアルゼンチン経済の低迷に直面してペソの切り下げ圧力に不安を覚え、2001年3月以前には主としてペソ建てで所有していた金融資産をドル建てに換え、有事の為替リスクに備えた。更に、2001年11月の政令1387/01に基づき、アルゼンチン政府はソブリン債をドル建て政府保証融資公債（GGLs）へとスワップする取引を債権者に申し入れているが、GGLsの方がデフォルト時のリスクが少ないこと等の利点があることから、CNSはこれに応じている⁶⁴。アルゼンチン政府はこの間を通じて兌換計画の維持に堅固なコミットメントを示し、更に2001年9月には預金の条件（利率や通貨を含む）の変更を禁止した無形財産法を制定した⁶⁵。上記のCNSの投資行動がこれらの法制度を前提としていることは明白である。

しかしながら、上記のとおり預金引出および外貨持ち出し制限により金融資産の退避を封じられ、更に兌換法廃止、および債務のペソ化により銀行預金は1ドル=1.4ペソで強制的にペソ化された。また、GGLsも政令471/02により1:1.4でペソ化され、これに続く政令によって債権額の減免、利子払いの繰り延べ等を余儀なくされた⁶⁶。これらの措置は、CNSが依存していた投資環境保証の法的前提を覆すことになり、同社の投資財産は毀損される結果となった。

4 アルゼンチンの経済危機にかかわる仲裁判断の概要

⁶¹ キルチネル政権の外国投資家への強硬姿勢につき、宇佐美耕一「経済危機後のアルゼンチン —キルチネル政権の経済・社会政策—」『ラテンアメリカ・レポート』第22巻2号45頁以下所収47-48頁（2002）、Harout Samra, *Five Years Later: The CMS Award Placed in the Context of the Argentine Financial Crisis and the ICSID Arbitration Boom*, 38 U. MIAMI INTER-AM. L. REV. 667, 677-80, 692-96 (2007)を参照。

⁶² Carlos E. Alfaro & Pedro M. Lorenti, *The Growing Opposition of Argentina to ICSID Arbitral Tribunals: A Conflict between International and Domestic Law?*, 6 J. WORLD INVESTMENT & TRADE 417 (2005).

⁶³ Wenhua Shan, *Calvo Doctrine, State Sovereignty and the Changing Landscape of International Law*, in REDEFINING SOVEREIGNTY IN INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 247, 290-92 (Wenhua Shan et al. eds., 2008).

⁶⁴ Continental ¶¶ 131-136.

⁶⁵ *Id.* ¶¶ 118, 120.

⁶⁶ *Id.* ¶¶ 138-147.

冒頭に述べたように、アルゼンチンの一連の措置は、投資家による多くの仲裁への紛争付託を惹起した。このうち現時点では、米国・アルゼンチン投資条約（以下「米亜条約」）⁶⁷に基づく 5 件の ICSID 仲裁において、アルゼンチンが本稿の主題となる緊急避難の抗弁および安全保障条項を援用し、既に仲裁廷がその本案判決に至っている。また、BG 事件のみ英国・アルゼンチン投資協定（以下「英亜協定」）⁶⁸に基づく UNCITRAL 仲裁であるが、この事件でもアルゼンチンは同様に緊急避難および安全保障条項を援用している。以下その判断の概要を示し、5 におけるより詳細な検討に備えて、4.7 でこれを簡略に総括する。

4.1 CMS 事件

4.1.1 本案判決

本件仲裁廷は米亜条約に基づき、公正衡平待遇原則（第 2 条(2)(a)）、傘条項（第 2 条(2)(c)）への違反を認め、収用（同第 4 条(1)）および差別的・恣意的待遇（同第 2 条(2)(b)）に関する申立人の請求を退けた。その上で、被申立国アルゼンチンの側からの緊急避難に関する請求については、以下のように判示し、これを退けた。

仲裁廷は、草案第 25 条に緊急避難に関する国際慣習法が具現化されているとした上で、その厳密な解釈が国家実行、学説等に適合すると述べた。その上で、まず同第 1 項の「不可欠の利益」要件および「重大かつ急迫の危険」要件については、本件危機の効果が相対的であり、違法性を阻却する水準に達していないと判断した。また、手段の唯一性も、ILC 注釈に照らしてこれを否定した。他方、国際社会に対する利益侵害は存在しないと認定した。草案第 25 条第 2 項にいう援用国による危機への寄与については、アルゼンチンの経済政策の失政は、危機に対して十分に実質的な寄与であったと述べた。以上の要件が累積的に充足されることが求められるので、本件仲裁廷はアルゼンチンが申立てた一般国際法上の緊急避難の抗弁を退けた⁶⁹。

仲裁廷は続いて米亜条約第 11 条も緊急避難を規定するとして、その検討に入る。まず仲裁廷は、条約が経済的困難等の状況下でも投資保護を目的にしていることに言及し、「完全な崩壊（total collapse）」が発生する事態でなければ、緊急避難の援用は排

⁶⁷ Treaty concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, U.S.-Arg., Nov. 14, 1991, 31 I.L.M. 124.

⁶⁸ Agreement for the Promotion and Protection of Investments, U.K.-Arg., Dec. 11, 1990, 1765 U.N.T.S. 33.

⁶⁹ CMS ¶¶ 315-331.

除されるとし、本件はかかる事態に当たらないと述べた。その一方で、本件の危機的状況は賠償額算定に際して斟酌されるとした⁷⁰。

次に米亜条約 11 条の「不可欠の安全保障上の利益 (essential security interest)」は国際慣習法を文脈とし、また条約の趣旨・目的に照らして解釈すれば、経済危機を含むものといえるので、本件の場合はその重大性が問題になると説示した。更に、その自己判断的 (self-judging) 性質、すなわち例外該当性に関する司法審査等に服することのない援用国の自律的決定の権利については、米亜条約第 11 条にはその旨が明示されておらず、またナジマロシュ判決も慣習法上の緊急避難についてそのような性質を否定していることから、これを認めなかった。この結果、措置の誠実な (in good faith) 導入の審査を超えて、要件充足および違法性阻却の有無に踏み込んで仲裁廷が実体的判断を行うと説示した⁷¹。

緊急避難の時限的性質については、緊急事態の収束と共に条約義務の履行を再開しなければならないことが草案第 27 条および ICJ の判断から明らかであると指摘し、本件では既にアルゼンチンの緊急事態は収束していると認定した。賠償については草案第 27 条およびその他の先例から、緊急避難の抗弁は違法性を阻却するが、賠償を排除しないとの原則を確認した⁷²。

4.1.2 取消判決

上記本案判決については、アルゼンチンが ICSID 条約第 52 条に基づき取消請求を行った。同条に基づき設置された特別委員会 (the *ad hoc* committee) は、前記のクロフォードに加えて、ギョーム (Gilbert Guillaume/ICJ 裁判長)、エルアラビ (Nabil El Araby/同判事) で構成され、緊急避難について以下のように判断した。

まずアルゼンチンは、CMS 本案判決には判決理由が欠如していることを理由として、ICSID 条約第 52 条第 1 項(e)に基づく請求を行なった。これに対して特別委員会は、上記のように仲裁廷が米亜条約第 11 条の自己判断的性質を否定し、実体的な審査を行うと説示しながら、以後に同条の要件適合性を一切判断しなかった事実を指摘した。更に、特別委員会は仲裁廷が緊急避難に関する一般国際法に照らして同条を解釈していたことから、仲裁廷は前者の要件を充足しなければ当然に後者も充足できないと考えていたと理解しつつ、この点を明示すべきであったと説示した。ただし、判決の精

⁷⁰ *Id.* ¶¶ 353-356.

⁷¹ *Id.* ¶¶ 357-374.

⁷² *Id.* ¶¶ 379-382.

読によりかかる判決理由は読み取れるとして、アルゼンチンの請求を退けた⁷³。

次にアルゼンチンは、一般国際法上の抗弁を協定上の例外に先んじて検討した点が権限踰越であるとして、ICSID 条約第 52 条第 1 項(b)に基づく請求を行った。特別委員会は、米亜条約第 11 条と草案第 25 条に具現化される一般国際法では、特に前者は一定条件下の条約上の義務の不適用であるのに対し、後者は違法行為が認定されて初めて適用される抗弁であること、また具体的な要件も異なること等を指摘した。その上で、両者の要件を区別しなかったこと、および両者の関係と本件への適用可能性の検討を怠ったことを法律上の誤り（error in law）であるとした⁷⁴。

特別委員会は、特に ILC の理解どおり緊急避難が責任にかかわる二次的規範である場合、アルゼンチンの措置は条約違反および米亜条約第 11 条による適用除外の条件に適合しないことが認められた後に、初めて緊急避難により責任阻却の可否が論じられると理解した。特別委員会は、これらの誤りにより、仲裁廷は米亜条約への一応の違反の有無さえ認定していないと厳しく批判した。ただし、取消審の限定された管轄権に鑑み、仲裁廷がいかに不完全にせよ一応は米亜条約第 11 条を適用したことから、仲裁廷の権限踰越は認められないと結論付けた⁷⁵。

最後に時限性と賠償について、本件では緊急避難の適用がない以上、草案第 27 条に関する仲裁廷の説示は傍論（*obiter dicta*）であるとしながらも、法律上の誤りを指摘した。特別委員会は、仲裁廷は草案第 27 条を論じる以前に問題の措置が米亜条約第 11 条の範囲内である場合の賠償の可能性について検討すべきであったと指摘した。その場合、米亜条約第 11 条の適用があればそもそもアルゼンチンには条約上の義務の適用がないことから、賠償は不要となると説示した。また、草案第 27 条は緊急避難の抗弁は賠償を予断しないと述べるに留まり、賠償がなされるべき状況を明示していない点に注意を喚起した。他方、本件では賠償が支払われるべき理由を明示していることから、結論として判決理由の欠如ならびに権限踰越は認められないと判示した⁷⁶。

4.2 LG&E 事件

本件においては、協定違反に関する請求と仲裁廷の結論は CMS 事件と全く同一であるが、他方で仲裁廷は緊急避難の抗弁については以下のように判示し、CMS 判決とは

⁷³ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, ¶¶ 122-127 (Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic of Sept. 25, 2007) [hereinafter CMS (Annulment)].

⁷⁴ *Id.* ¶¶ 129-132.

⁷⁵ *Id.* ¶¶ 134-136.

⁷⁶ *Id.* ¶¶ 144-150.

異なってこれを認容した。

仲裁廷は、まず実体的審理に先立って、アルゼンチンの請求と防御が米亜条約によるもので、一般国際法は前者の同条約の解釈・適用に必要なかぎりでも適用すると述べた。また、署名時の当事国の合意に基づけば、米亜条約第 11 条は自己判断的な条項ではなく、仮に自己判断的であるとしても、当事国の措置は誠実性審査に服すると説示した⁷⁷。

その上で、まず米亜条約第 11 条につき、不可欠の安全保障上の利益および公序の保護のために措置を要した期間を、資金引出制限からキルチネル大統領就任、すなわち 2001 年 12 月 1 日から 2003 年 4 月 26 日までと定めた。次に仲裁廷は、経済指数の悪化や混乱した社会情勢を検討した上で公序の混乱（public disorder）の存在を認め、アルゼンチンが完全な崩壊の危機に瀕していると認定した。またかかる経済基盤の危機には軍事進攻の場合と同様の重大性が認められると説示した⁷⁸。手段の唯一性については、このような場合に複数の利用可能な措置があり得るが、アルゼンチンの選択した方策は正当であると認めた⁷⁹。

一般国際法上の緊急避難についても、本件ではその要件は充足されており、この認定は米亜条約第 11 条に関する先の結論を支持するとした。仲裁廷は、まず草案第 25 条に基づいて一般国際法上の緊急避難の要件についての概略を示し、その上で米亜条約は一般国際法の緊急避難を受容しており、米亜条約の下でもその援用可能性が認められていると解釈した。続いて仲裁廷は、本件申立人がアルゼンチンの危機に対する寄与を証明できなかったことを指摘した。更に、極めて簡略な事実認定によって、アルゼンチンの不可欠の利益が危機に晒されていたこと、アルゼンチンの措置による他国の利益の侵害がないことを認めた⁸⁰。

賠償については、草案第 27 条ではなく米亜条約第 11 条を根拠とし、違法性が阻却されるため賠償も免責されるとし、一度安定が回復した後には国際法上の義務に従うと説示した。この結果、上記の公序の混乱が認められる 2001 年 12 月 1 日から 2003 年 4 月 26 日においては投資家にその損害が帰するものとし、以後についてアルゼンチンは協定の義務に復するか、あるいは以降の損失の補償をなすべきものと説示した⁸¹。

4.3 エンロン事件

⁷⁷ LG&E ¶¶ 204-214.

⁷⁸ *Id.* ¶¶ 226-238.

⁷⁹ *Id.* ¶¶ 239-242.

⁸⁰ *Id.* ¶¶ 245-258.

⁸¹ *Id.* ¶¶ 259-264.

米亜条約違反に関する請求と仲裁廷の結論は前 2 件とほぼ同様であり、加えて十分な保護および安全の供与義務(米亜条約第 2 条第 2 項(a)) への違反の申立がなされたが、棄却された。緊急避難の抗弁は、以下のように棄却された。

仲裁廷は、草案第 25 条に慣習法が反映されており、要件解釈は厳密であると判決冒頭で説示した。次に、経済危機はアルゼンチンの国家の存立と独立を損ない同国の不可欠の利益を害する事実とは認められず、かつ当該事態は制御不能ではなかったと評価した。それゆえ「重大かつ急迫の危険」の存在を認めなかった。手段の唯一性については、多様な対応手段があり得ることからこれを否定した。更に、危機が全て外生的要因に拠るとは言えないとして、アルゼンチンの危機への寄与を認めた。これらの実体的要件はナジマロシュ判決に従い重疊的に適用されるため、一般国際法上の緊急避難を援用しえないと結論付けた⁸²。

次に米亜条約第 11 条については、経済的困難時における投資家の権利保障が「普遍的命題として (as a general proposition)」協定の趣旨・目的であることに鑑みて、同規定は厳格に解釈すべきであると述べている。それゆえ、同条を自己判断的と理解することは、かかる趣旨・目的に反すると説示した。また、同条中の「不可欠の安全保障上の利益」は条約上定義されないために国際慣習法上の緊急避難に依拠して解釈せざるを得ず、一般論としては条約が特別法として国際慣習法に優先するが、こと緊急事態の要件に関しては条約と慣習法が不離であると述べた。仲裁廷は、自己判断的性質を持つことが米亜条約第 11 条の文言から明確に見て取れないこと、同条約締結時に当事国にそのような意図がなかったこと、および当事国の条約改正の自由が個人の権利を害してはならないとする英法廷の判断を示し、米亜条約第 11 条の自己判断的性質を否定した⁸³。

仲裁廷は、当事国が取った緊急避難措置に対する事後の司法審査は誠実性の審査に留まらず実質的なものであるとしながら、残余の要件は一般国際法上の緊急避難とほぼ同一であるから、米亜条約に照らして別個に検討する必要がないとし、米亜条約第 11 条による抗弁の成立を認めなかった。また、アルゼンチンの米亜条約第 11 条援用は義務の相手国(米国)の不可欠の利益侵害を惹起しないとしながらも、終局的な受益者たる私人である申立人の不可欠の利益の重大な侵害を構成すると説示した⁸⁴。

なお、賠償については、草案第 27 条(b)は賠償を予断しないと規定しているが、本件

⁸² Enron ¶¶ 303-313.

⁸³ *Id.* ¶¶ 331-338.

⁸⁴ *Id.* ¶¶ 339-342.

では当事国に賠償に関する合意がないため、仲裁廷の判断によるとだけ述べられている⁸⁵。

4.4 センプラ事件

義務違反に関する請求の認容・棄却は CMS・LG&E と全く同一である。その上で、緊急避難の抗弁については、以下のように判示し、これを退けた。

まず、アルゼンチン憲法に基づく緊急措置の導入に関して、アルゼンチンでは体制的秩序は崩壊していないと認定した。また仲裁廷は、アルゼンチンが憲法上の緊急措置を導入することは妨げられないが、その場合にも投資協定および契約に基づいて正当に与えられた申立人の権利について何らかの対応が必要であったと述べた。結論として、同国の措置の違法性は阻却されないと判示した⁸⁶。

続いて一般国際法上の緊急避難については、先行判決同様に、草案第 25 条に慣習法が反映されており、援用には厳格な要件の充足を要すると説示した。次いで LG&E 判決と CMS・エンロン両判決の判断の乖離が、条約解釈もさることながら主に事実評価の違いから生じていると述べ、その上で本件仲裁廷は CMS・エンロン両判決における認定に同意した。その後の個々の要件に関する判決理由はエンロン判決とほぼ逐語的に同一であり、当然結論において同様に緊急避難の抗弁を退けている⁸⁷。

翻って米亜条約第 11 条についても、判決理由の展開はエンロン事件判決に酷似し、部分的に両判決の文言には逐語的に同一である部分も見られる。まず仲裁廷は、経済的困難時における受益者の権利保障が普遍的命題として協定の趣旨・目的であるため、同条を厳格に解する必要があると説示した。仲裁廷は、同条の「不可欠の安全保障上の利益」は経済的緊急事態を含むことは妨げないとする。本来条約は特別法として慣習国際法に優先するが、当該概念が定義されないために国際慣習法上の緊急避難に依拠して解釈せざるを得ず、この点につき条約と慣習法が不離であると述べた⁸⁸。

米亜条約第 11 条の自己判断的性質については、アルゼンチンが主張する安全保障条項の解釈に関する近年の米国の姿勢変化は米亜条約には直接には無関係であり、また一方当事国の事情に過ぎないため、これを斟酌することは条約法条約第 31 条・第 32 条に反する文脈解釈であると述べた。また、自己判断的性質は文言より明確でなければならぬこと、同条が依然として紛争解決手続の対象であること、更に先例は条約

⁸⁵ *Id.* ¶¶ 343-345.

⁸⁶ *Sempra* ¶¶ 328-332.

⁸⁷ Compare *Id.* ¶¶ 344-355 and *Enron* ¶¶ 304-313.

⁸⁸ *Sempra* ¶¶ 373-378.

当事国の改正の意図が遡及的に個人の権利を害してはならないと説示していることから、その自己判断的性質を否定した。更に仲裁廷は、同条の援用は義務の相手国たる米国が自己判断的性質に肯定的であることからその不可欠の利益の侵害は構成しないと判断したが、終局的な受益者たる私人である申立人の不可欠の利益の重大な侵害となると説示した⁸⁹。

最後に緊急避難の時限的性質については当事国に争いはなく、また、緊急事態の間の損害については草案第 27 条に明示的な規律がないので、当事者の合意に任される可能性を指摘した。その上で仲裁廷は本件では当事者間に緊急避難時の損失補填を含む合意があったことを示唆した。また、危機的事態の存在が条約上の保護水準を引き下げる事由となり得るか否かについては判断を避けたが、賠償の決定にかかる状況を勘案することは法廷が遵守すべき正義の範囲内にあると述べた⁹⁰

4.5 BG 事件

仲裁廷は収用（英亜協定第 5 条）に関する請求は認めなかったが、公正衡平待遇、不合理・差別的待遇の禁止等の義務（英亜協定第 2 条第 2 項）への違反を認めた。

アルゼンチンは国家的緊急事態（a state of national emergency）について言及した英亜協定第 4 条を援用し、自国措置の正当性を主張した。これに対して仲裁廷は、当該規定は、その文言より、国家的緊急事態のほか戦争、革命等に伴う損害の賠償について単に最恵国待遇・内国民待遇を定めたに過ぎないと解し、緊急避難の根拠たり得ないものと判断した⁹¹。他に米亜条約第 11 条に相当する規定が英亜協定に存在しないこと、また米亜条約第 11 条を英亜協定に読み込む文言上の手がかりもないことを理由に、同協定上の安全保障条項についてはそれ以上の言及を要しないと判示した⁹²。

他方、草案第 25 条については、仲裁廷は国家責任法をもっぱら主権国家間の国際的義務に関連する法理として性格付け、緊急避難もそもそも企業から条約上の賠償請求権を奪う性質の法理ではないと説示した。また仲裁廷は、英亜協定の存在は明示または黙示の緊急避難援用の放棄であり、正に本件の通貨危機のような状況でこそ機能を発揮すべき投資家の権利をアルゼンチンは撤回できないと述べ、アルゼンチンに緊急事態について妥当な措置を取る権利があるとしても、賠償義務は免れないと説示した。

⁸⁹ *Id.* ¶¶ 379-391.

⁹⁰ *Id.* ¶¶ 392-397.

⁹¹ 同様の規定は米亜条約第 4 条第 3 項にも見られ、先の 4 件でも同項は本件と同様に解釈されている。See *Sempra* ¶¶ 362-363; *Enron* ¶¶ 320-321; *LG&E* ¶¶ 243-244; *CMS* ¶¶ 375-376.

⁹² *BG* ¶¶ 381-384.

更に仲裁廷は、仮に緊急避難の適用があり得るとしても、極めて例外的な状況に限定され、厳格な要件の充足を求められることを強調した。その上で、誠意に欠けると仲裁廷が見なしていると思しきアルゼンチンの本件対応に鑑みて、ごく簡単に諸要件は充足されないことを認定した⁹³。

4.6 コンチネンタル事件

本件は再び米亜条約に基づく紛争である。仲裁廷は、緊急避難および米亜条約第 11 条の普遍的性質 (*pervasive nature*) がアルゼンチンの違反および賠償を免責しうるものであると捉え、ゆえに個別の条約違反の請求に先んじてこれら例外への適合性を判断した⁹⁴。

仲裁廷は、米亜条約第 11 条の適用が認められれば一般国際法上の緊急避難に関する検討が不要となると両者の関係を整理し、前者を先に適用した。また、仲裁廷は米亜条約第 11 条と緊急避難は異なると述べ、前者についてはその文言から同条に適合する措置は条約上の義務の範囲外にあると説示し、後者については草案第 25 条の要件に適合する場合に国際義務違反の違法性を排除し、賠償等の二次的義務に至らしめない点で、違法性阻却事由であると性格付けた。これらの違いから、要件の厳格性、例外的性質が異なることを指摘した。その一方で仲裁廷は、国益保護のために認められる国際的義務適用の柔軟性、ならびに義務を停止し違法行為の責任を免除するという実際の帰結において双方には関連があると述べ、米亜条約第 11 条の解釈にあたり緊急避難の要件を参照すると述べた⁹⁵。

まず仲裁廷は、米亜条約第 11 条における「不可欠の安全保障上の利益」および「公序の維持」の意味を明らかにした。「公序」は「公共の平穏 (*public peace*)」と同義であり、市民生活の平穏を維持・回復し、違法行為や騒乱を抑止する等の政府の行為はこの範囲にあると説示した。また、「不可欠の安全保障上の利益」は、国連憲章や IMF 協定を引用しながら戦後は経済的安保をも含む概念として発展を遂げたものと解し、米国通商航海条約に由来するモデル投資協定の歴史的文脈、および ICSID 仲裁の先例もこの解釈を支持すると論じた⁹⁶。

仲裁廷は、兌換計画の廃止、インフレ、失業、貧困率、その他社会的・政治的騒乱等に鑑み、公序・安全保障上の不可欠の利益が危機に晒されうることを認め、緊急法の

⁹³ *Id.* ¶¶ 407-412.

⁹⁴ *Continental* ¶¶ 160-161.

⁹⁵ *Id.* ¶¶ 162-168.

⁹⁶ *Id.* ¶¶ 174-178.

制定は事態の重大性の証左であると述べた。更に、米亜条約第 11 条では「完全な崩壊」や「破壊的状况」の発生は要件ではないこと、仲裁廷による客観的評価は当事国に「相当の評価の余地 (significant margin of appreciation)」を与えるものでなければならないことを付言した⁹⁷。

次に米亜条約第 11 条の自己判断的性質につき、仲裁廷は条約法条約に基づき条文の文言からこれを否定し、更に米国の自己判断的解釈に関する意思については証拠不十分として退けた。仲裁廷は、一方で「評価の余地」を認めつつも、他方で条約義務の一方的逸脱の許容に慎重な姿勢を示した⁹⁸。

続いて仲裁廷は必要性要件を解釈するが、一般国際法上の緊急避難と米亜条約第 11 条が異なる機能を有することから、一般国際法上の原則と不可分とする解釈を否定した。仲裁廷は、米亜条約第 11 条が由来する通商航海条約の規定が GATT 第 20 条に倣っていることから、WTO における韓国・牛肉規制事件以下の一連の上級委員会の説示を参照する⁹⁹。すなわち、必要性は一方の極に不可欠性を、他方の極に貢献をなすことを配する連続体 (continuum) として観念され、必要である、とは、この連続体上で相当に不可欠性に近いものと位置付けられる。また、必要性は、1) 保護する共通の利益・価値の重要性、2) 措置が非貿易的目標の達成に資する程度、および 3) 措置の通商への制限的効果を含む、「諸要素の衡量の過程 (a process of weighing and balancing of factors)」を通じて検討される¹⁰⁰。合理的に利用可能な代替手段は、実施国に禁止的なコストを強いるものではない¹⁰¹。また、代替手段は問題の措置が達成するものと同等の保護水準を保障するもの、つまり政策目的達成の実効性において同等でなければならない¹⁰²。

仲裁廷は以上の諸規準を適用し、まず預金引出制限・ペソ化等一連の措置は危機への積極的な対応に実質的ないしは決定的な (material or decisive) 貢献をなし、措置と危機対応の間に「真正な目的・手段の関係 (a genuine relationship of ends and means)」を認めた。更に、代替手段についてはこれらの措置と同等の貢献を政策目的に対してなし得なければならないことを指摘しつつ、2001 年 11 月以降にそのような

⁹⁷ *Id.* ¶¶ 179-181.

⁹⁸ *Id.* ¶¶ 187-188.

⁹⁹ *Id.* ¶¶ 192-195.

¹⁰⁰ Appellate Body Report, *Korea—Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, ¶¶ 159-172, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R (Dec. 11, 2000).

¹⁰¹ Appellate Body Report, *United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, ¶¶ 306, 308, WT/DS285/AB/R (Apr. 7, 2005).

¹⁰² Appellate Body Report, *Brazil—Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, ¶¶ 156, 173-175, WT/DS332/AB/R (Dec. 3, 2007); Appellate Body Report, *European Communities—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, ¶¶ 168, 172, WT/DS135/AB/R (Mar. 12, 2001).

代替措置を条約適合的に取りえたか、また問題の措置を回避すべくそれ以前に他の政策を取り得たかを検討すると述べた。また仲裁廷は、代替手段の検討は条約上の抗弁の要件充足を判断するもので、独立主権国家たるアルゼンチンの主権的判断に事後的な政治経済的評価を加えるものではないことを強調した¹⁰³。

具体的措置に対する代替手段の検討については、第一に預金凍結（引出・外貨持出制限）は巨額の預金取り付けに対する典型的な短期的対応策であり、2001 年秋の状況では不可避であったと認めた。その代替手段としての連邦、地方、国際機関間の協議については、2000 年には投資家の権利を侵害しない債務再編は既に不可能であり、国際交渉自体は預金凍結のような緊急立法・行政措置の代替たり得ないこと、また国際交渉そのものは結果を保障しないのでそもそも「手段（measure）」たり得ないこと等を指摘した¹⁰⁴。

第二にペソ切下げについては、任意の債務交換について既に 2 度（メガスワップおよびソブリン債の GGLs へのスワップ）が功を奏さなかったこと、また経済のドル化についてアルゼンチンのような大規模経済においては実現不可能であることから、いずれもペソ切下げの代替たり得ないと結論付けた。第三にドル建契約・預金のペソ化は、兌換制が廃されペソが 3 分の 1 に切り下がればドル建債務者の破産等の影響が予想されるので、不可欠と認めた。特に仲裁廷は、銀行預金への非対称レート導入により、アルゼンチンがドル建預金の安全性に関する預金者の期待に可能なかぎり応えたことに言及した¹⁰⁵。

最後にデフォルト、支払い停止および債務再編に関しては、殆どは緊急時における対応として合理的であり妥当なものとして認めた。ただし、2004 年 12 月の財務省債権（LETE）の再編については、経済の正常化に向かっている時期のもので遅きに失していること等に鑑み、必要性を認めなかった。更に、LETE 再編についての予備的な草案第 25 条の抗弁についても、同じく時期の問題により手段の唯一性の要件を充足しないと判断した¹⁰⁶。

早期の政策転換の可能性については、仲裁廷は、本件事実関係に鑑み、危機の原因、および対応策の適否について、アルゼンチンの経済的失政と危機回避の努力、それに対する IMF の寛容な対応、更にそれらに関する専門家の意見の不一致を指摘した。結論として、仲裁廷はアルゼンチン政府が兌換制維持の目的と国民への責任の適正なバランスを維持したと認め、国際義務の遵守のために全ての犠牲を国民に課すのは適正

¹⁰³ Continental ¶¶ 196-199.

¹⁰⁴ *Id.* ¶¶ 201-205.

¹⁰⁵ *Id.* ¶¶ 206-214.

¹⁰⁶ *Id.* ¶¶ 215-222.

でなく、合理性・比例性基準もかかる犠牲を要求するものではないことを指摘した¹⁰⁷。

具体的代替手段としての早期の兌換制廃止については、仲裁廷は、多くの見方では兌換制廃止は遅くとも 99 年まで可能であり、以後の廃止は現行措置の下より多額の債務軽減を要したであろうこと等を理由に、代替手段たり得ないとした。また、2000 年以前に兌換計画が廃止されていれば、コンチネンタルは CAN のペソ収入をドルに替えて投資できなかったため、代替的地位は現状より利益をもたらすものではないと指摘した¹⁰⁸。

仲裁廷は、アルゼンチンの危機は不可避でなかったかもしれないが早期の政策転換が困難であったこと、また措置が経済・金融的側面に限られており私企業の通常の行動を妨げず回復をもたらしていることから、一連の措置は合理的かつ比例的であると評価した。その上で米亜条約第 11 条に基づく義務逸脱の要件充足を認め、この認定が個別の義務違反の請求にどの程度関連するかを後に検討すると総括した¹⁰⁹。

申立人から提起されたアルゼンチンの寄与については、正当な政策の結果として不可欠の利益を保護する必要性が生じた場合には米亜条約第 11 条の援用を妨げないが、不可欠の利益を危うくすることに援用国自身が寄与した場合にはかかる危機への対応は必要とは言えないと説示した。本件ではアルゼンチンの一連の政策は長期にわたり妥当であり、また米国や IMF にも支持されてきた。これらの助言を無視して政策転換を行うことの妥当性や実現可能性について識者の見解は分かれるとし、仲裁廷は本件の文脈ではアルゼンチンの行為は米亜条約第 11 条の援用を妨げるものではないと結論付けた¹¹⁰。

その後仲裁廷は個別の義務違反に関する申立人の請求を検討し、米亜条約第 11 条によってカバーされなかった LETE の再編のみ公正衡平待遇原則違反を認定し、280 万米ドルの損害賠償等をアルゼンチンに命じた¹¹¹。他の措置の一部については、米亜条約第 11 条適合性を理由に、公正衡平待遇原則（米亜条約第 2 条(2)(a)）、傘条項（同第 2 条(2)(c)）、収用（同第 4 条(1)）に関する請求が排除されると判断した¹¹²。

4.7 小括

4.7.1 判断の乖離

¹⁰⁷ *Id.* ¶¶ 224-227.

¹⁰⁸ *Id.* ¶¶ 228-230.

¹⁰⁹ *Id.* ¶¶ 231-233.

¹¹⁰ *Id.* ¶¶ 234-236.

¹¹¹ *Id.* ¶¶ 263-264, 320.

¹¹² *Id.* ¶¶ 266, 303.

今一度ここで以上の 6 件の判断を横断的に俯瞰すると、結論、一般国際法と条約例外の関係、およびそれぞれの例外の個別要件の解釈・適用が大きく異なる。その結論の差異は以下のように整理できる。

CMS、エンロン、センブラ	条約義務違反を認定し、また緊急避難・米亜条約第 11 条の抗弁を共に認めない。
LG&E	条約義務違反を認定し、他方で緊急避難・米亜条約第 11 条の抗弁を共に認める。
コンチネンタル	適用除外として米亜条約第 11 条の援用を認め、そもそもアルゼンチンの措置の違法性を排除。
BG	例外の適用可能および例外の存在自体を認めない。

これらの仲裁は、子細の相違点を捨象すれば、同一のアルゼンチンの措置および関連事実（ただしコンチネンタル事件については申立人がガス産業に投資していない点で他の事件と異なる）について、同一の一般国際法上の法理および協定上の規定（BG 事件を除く）に基づき、同じ主張・証拠を審理したものと見ることができる。にもかかわらずこのような著しい判断の乖離をもたらした原因は、そもそも例外の存在・適用可能性を認めない BG 事件を除く 5 件については、以下の仲裁廷の姿勢の差異に求められる。

第一に、緊急避難の例外としての位置付けの違いである¹¹³。緊急避難の援用を否認した判断は、いずれもこれを真に例外的な性質の救済として捉える。後に詳述するように、とりわけ CMS 判決は、緊急避難援用の要件を厳密に解したナジマロシュ判決に依拠している点において LG&E 判決と大きく異なる点が指摘されるが¹¹⁴、この点はエンロン、センブラ両判決も CMS 判決と同様である。また、当然の帰結として、両判決はナジマロシュ判決の説示を多く取り込んでいる ILC 注釈に比較的忠実に準拠している¹¹⁵。加えてこれら 3 判決は、米亜条約第 11 条を一般国際法上の緊急避難と同一視していることから、前者に基づく例外も厳格に解釈する姿勢を貫いたのは必然といえよう。

これに対して LG&E、コンチネンタル両判決は、緊急避難と米亜条約第 11 条の例外を別個の規律として解釈・適用し、その上で米亜条約 11 条を一般国際法上の例外よりも緩やかなものとして解釈している。特に LG&E 判決は、唯一性要件の解釈部分に明

¹¹³ David Foster, “Necessity Knows No Law!?”: *LG&E v Argentina*, 9 INT’L ARB. L. REV., Dec. 2006, at 149, 155.

¹¹⁴ Greg Falkof, “State of Necessity” Defense Accepted in *LG&E v. Argentina* ICSID Tribunal 11, 3 TRANSNAT’L DISPUTE MGMT., Dec., 2006.

¹¹⁵ 正確に言えば、センブラ判決はナジマロシュ判決ならびに ILC 注釈に頻繁には言及していないが、しかしながら前述のように判旨そのものが忠実にエンロン判決に沿って展開されている。

らかなように、危機的状況へのより柔軟な対応を許容する法理として一般国際法上の緊急避難を捉えている。

第二に、上記の点からすれば当然の帰結であるが、仲裁廷の姿勢は例外の援用に際して受入国が保持すべき裁量についても分かれている。例えば CMS、エンロン、センプラの各判決は、受入国の措置の要件適合性について実質的に審査すると述べているが、他方で LG&E 判決は表面的にこの基本方針に賛同しつつも、微妙に援用国の裁量を拡大するような例外の解釈を行う。更にコンチネンタル判決は、例外の解釈にあたり仲裁廷は援用国の「評価の余地」を広く認めるべきであると明言している。これらの点については、5.3.4 に詳述する。

第三に、各仲裁廷における投資協定の趣旨・目的の理解に関する違いである。まず CMS 判決は米亜条約の趣旨・目的を困難時の投資保護に置いている¹¹⁶。関連条約の前文等にはこれに類する趣旨・目的は明示的に規定されていないが、後にエンロン・センプラ両判決が述べるように、「普遍的命題として」困難時の投資保護が投資条約の目的とされる¹¹⁷。こうした解釈の基本的前提は、LG&E 判決には全く認めることができず、同判決はむしろ米亜条約における国際法基準より高い投資保護と受入国の有事対応の自由との取引 (bargain) を重視して、アルゼンチンの対応を正当化したと理解されている¹¹⁸。この点はコンチネンタル判決も LG&E 判決と同様である¹¹⁹。

以上の基本的な解釈・適用のスタンスが、どのように一般国際法上の緊急避難と米亜条約第 11 条の関係およびそれぞれの個別要件の解釈・適用に結実しているかについては下記 5 に詳しく説明するが、ここでは概説的説明として、これらの判断の乖離が人的要素に起因する可能性を無視できない点を指摘しておく。緊急避難および米亜条約第 11 条の要件充足を認めなかった CMS、エンロン、およびセンプラの 3 件の仲裁廷では、仲裁廷の長は一貫してオレゴ・ビクーニャ (Francisco Orrego-Vicuña、チリ大学法学部教授) が務めている。更に、CMS、センプラ両事件では、ラロンド (Marc Lalonde、加・政治家/ICJ 特任裁判官) が陪席を務めた。仲裁廷の合議を伺い知ることとはできないが、これらの判断は両仲裁人の意見が色濃く反映されたものであると推測できる。とりわけ、センプラ事件において、唯一 CMS 事件に参加しなかった仲裁人のリコ (Sandra Morelli Rico、コロンビア/弁護士) が反対意見を示している事実¹²⁰は、

¹¹⁶ CMS ¶ 353.

¹¹⁷ Sempra ¶ 373; Enron ¶ 331.

¹¹⁸ Burke-White & von Staden, *supra* note 8, at 399-400. しかしながら、同論文が根拠としている説示を含め、LG&E 判決は明示的に投資保護と緊急時の対応の自由のバランスについて言及しているようには思われない。Cf. LG&E ¶ 205.

¹¹⁹ Continental ¶ 167-168.

¹²⁰ William W. Burke-White, *The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the*

この推定を裏付ける¹²¹。

4.7.2 先例的意義

本稿冒頭に述べたとおり、アルゼンチン経済危機に起因する仲裁裁判が数多く同時進行しているところ、本来は上記の判決には先例として後続する仲裁廷に指針を与えることが期待される。また、一般原則としての緊急避難法理の確立については懐疑的な見解が示されており¹²²、アルゼンチンの状況のように同一紛争事実に起因して多数の紛争が発生している場合にはなおさら先行判断の価値は重要性を有する。にもかかわらず、これら 6 件の判断には、以下の 3 点のように、むしろ先例的価値を相対化させる要因が認められることに留意する必要がある。

第一に、上述のように、これらの判断は先例形成を期待しようにもそもそも相互に著しく乖離している。本件でアルゼンチン側に立って鑑定意見を述べたバーク・ホワイト (William W. Burke-White) は、過去にもローダー・CME 事両件の仲裁判決¹²³について同様の事態が発生したことがあり、かかる事態それ自体が仲裁判決の正当性を疑わしいものとする旨を指摘する¹²⁴。特に、LG&E 判決は CMS 判決に遅れることおよそ 1 年半、エンロン判決は LG&E 判決に更に遅れること 7 ヶ月であるが、緊急避難および米亜条約第 11 条の解釈・適用について、後続判例が先行判例を参照した形跡はない¹²⁵。このことは、それぞれ矛盾する判断の間においては、先行する判断が規範的価値をもたなかったことを明確に示す。

Legitimacy of the ICSID System 24 (U. of Penn. Inst. for Law and Econ., Research Paper Series No. 08-01, 2008), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1088837>. ただしリコの反対意見は公開版の判決からは確認できない。

¹²¹ 他方、センプラ判決はこの点を意識し、先行仲裁廷と重複した仲裁人は「改めて (anew)」問題を検討すると述べ (Sempra ¶ 346)、一般的には先例に言及するも、個別の論点については自己の判断を支持する根拠として先例を引用していないことが指摘される。Bjorklund, *supra* note 18, at 481 n.124.

¹²² 後掲注(271)～(273)および本文対応部分参照。

¹²³ *Lauder v. Czech Republic* (Arb. pursuant to UNCITRAL, Final Award of Sept. 3, 2001); *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic* (Arb. Pursuant to UNCITRAL, Partial Award of Sept. 13, 2001); *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic* (Arb. Pursuant to UNCITRAL, Final Award of March 14, 2003). ローダー、CME 両事件の概要と重複につき、中村達也「国際投資仲裁と並行的手続—国家法による規制、調整を中心として—」4-12 頁 ([独] 経済産業研究所、RIETI Discussion Paper Series 08-J-025, 2008) を参照。

¹²⁴ Burke-White, *supra* note 120, at 23.

¹²⁵ 特に LG&E 判決は、見解を同じくする米亜条約義務違反に関してのみ CMS 判決の該当個所に言及し、恣意的に先例に依存している点が批判される。August Reinisch, Introductory Note to *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. The Argentine Republic*, 46 I.L.M. 36, 38 (2007); Stephan W. Schill, *International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crises: Comment on the ICSID Decision in LG&E v. Argentina*, 24 J. INT'L ARB. 265, 285 (2007). Cf. LG&E ¶¶ 125, 127, 128, 171.

他方、センブラ判決は、CMS、LG&E、エンロンの各判決において評価・判断が分かれた事実に明示的に言及・留意した上で、CMS・エンロン両判決を支持している¹²⁶。また、コンチネンタル判決も、とりわけ緊急避難と米亜条約上の例外の適用関係につき、CMS 取消判決に言及のうえ、これに同意している¹²⁷。ただし、これら 2 件とも、いずれの判決の系統を支持するかにつき、子細かつ説得力のある説明を与えているわけではない。

ICSID 条約第 53 条は、仲裁判決が紛争当事者に対して拘束力を持つと定めているが、この規定はむしろ先例拘束性否定の根拠として解釈されている。よって、これまでの仲裁判決も先例拘束性を明示的に認めないものが大勢を占めている¹²⁸。しかしながら、仲裁廷が独立的な存在であるが故に、特に同一・類似の規範・事実について判断が一貫しない場合、投資仲裁制度自体の正当性が危ぶまれることは、投資仲裁判決が増えるにつれて懸念される¹²⁹。むしろ、こうした判断の一貫性の確保について、仲裁廷ならびに ICSID 自体も必ずしも無自覚ではないが¹³⁰、制度的な調整には未だ結実していない。同様に、通商法や海洋法など他の法領域でも同一事件が複数の国際紛争解決フォーラムに係属し、相互に矛盾した判断が下されることが懸念されるが、特に既判力や二重訴訟禁止により調整可能な範囲が限られるため¹³¹、国際法の一体性を法廷間の賢慮（prudence）の行使により維持されることが期待されるにとどまる¹³²。

ここで取り扱った案件はこの国際裁判諸制度の多様性とは問題の位相を異にするが、各仲裁廷がいかに関別独立していても、特に ICSID の枠組みにおいて国際投資法の一貫性・体系性を維持し、投資家の予見可能性を確保する観点から、同様に賢慮が期待されてよい。特に上記 6 件には 40 件近い同一事態に関する仲裁が後続しており、その先例としての意義の重要性については十分に意識されるべきところ、その欠落につ

¹²⁶ Sempra ¶¶ 347.

¹²⁷ Continental ¶¶ 162-167.

¹²⁸ Christoph Schreuer, *Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration* 10-13, 3 TRANSNAT'L DISPUTE MGMT., Apr., 2006.

¹²⁹ Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, 73 FORDHAM L. REV. 1521 (2005).

¹³⁰ AES Corporation v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/17, ¶¶ 17-33 (Decision on Jurisdiction of Apr. 26, 2005). See also Schreuer, *supra* note 128, at 13-14. ICSID においても、判例法の一貫性確保のため、統一上訴機関や統一投資紛争解決機関の設置が議論されている。ICSID, *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration* ¶¶ 20-23 (ICSID Secretariat Discussion Paper, Oct. 22, 2004).

¹³¹ 国際裁判の管轄調整に関する既判力および二重訴訟禁止原則の限界について、YUVAL SHANY, *THE COMPETING JURISDICTIONS OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS* ch.6 (2003) を参照。他方、MCLACHLAN ET AL., *supra* note 3, at 121-23 は、既判力や二重訴訟禁止のこうした限界を認めつつ、単に異なる条約上の請求であることのみをもって直ちにこれらの法理の適用を排除するものと解釈すべきではないと主張する。

¹³² 小寺彰『パラダイム国際法』191-92 頁（2004）。

いては批判を免れない。

第二に、特にコンチネンタル判決を除く 5 件の仲裁判断は、緊急避難および条約の関連規定の各要件の解釈や判断理由について詳述を避けている点が多く、このことは特に上記 4.1.2 の CMS 取消判決における米亜条約 11 条に関する判示でも批判されていた。上記緊急避難の法理についての慣習法は草案第 25 条に具現化されているが、同法理は抽象的な文言を多様な事態に当てはめることを想定したいわば多目的型（“One-size-fits-all”）の例外であり、判例法の集積からも明確な適用基準を見いだしがたい点が指摘される¹³³。このことは米亜条約第 11 条についても同様である。よって、6 件の仲裁が投資紛争における経済危機の文脈でいかにこれらの一般的例外規定を解釈・適用するかが注目されたが、殆ど要件の子細な解釈、判決理由、判断の基準等を示すことなく、事実の評価と結論だけを示している。そのような判断では、依然として抽象的な実体的要件の明確化には資するところが少なく、以後の判断に予見可能性を与えているとはいいがたい。更に、5.1 以下に述べるように、いずれの判決の系統を問わず、部分的に提示された解釈論にも粗雑で疑問の残るものが少なくない。

第三に前節で述べたように、判例の系譜、特に CMS 判決、そして後続のエンロン・センプラ両判決の流れについては、その形成が人的要因に依存している点である。バーク・ホワイトは、同一事実に関する案件が反復して同一仲裁人によって審理される場合、上訴制度がない現在の投資仲裁制度の下では一定の歪曲がある判断によって同様に裁かれる蓋然性が高く、特に CMS 判決のように何らかの法律上の誤りを含む場合、判断の正当性が確保されないことを指摘する¹³⁴。

他方、その適否はともかく、判断の一貫性の確保に着目すれば、同一事実に関する複数紛争であればむしろ同一仲裁人である方が望ましい¹³⁵。しかるに、これらの案件では、一仲裁人による同一事実に対する同一法の適用について、逆にその一貫性の欠如が疑われる。先に述べたオレゴ・ビクーニャ、ラロンド以外にも、上記 6 件では、レゼク（Francisco Rezek、伯裁判官／元 ICJ 判事）が CMS、LG&E 両仲裁廷において、また、ファン・デン・ベルグ（Albert Jan van den Berg、蘭・エラスムス大学法学部教授）が LG&E、エンロン、BG において、それぞれ重複して陪席仲裁人を務めた。両氏の緊急避難の適用に関する見解は個別には知りえないが、以上に示した仲裁人と担

¹³³ 後掲注(271)～(273)および本文対応部分参照。

¹³⁴ Burke-White, *supra* note 120, at 24. したがって、CMS 事件取消審特別委員会は経験豊富な国際法曹家によって構成されているにもかかわらず、司法最小主義（judicial minimalism）を逸脱する禁を犯して、明確に同事件仲裁判決の先例的価値を減じることを試みたと解説されている。Id. at 28-29.

¹³⁵ このような前提は、例えば同一問題に関する複数パネルは同一委員で構成されることが望ましいとする WTO 紛争解決了解第 9 条第 3 項からも見て取れる。

当案件の組み合わせからわかるように、同じ仲裁人が複数の仲裁廷に参加しているにもかかわらず、それらの仲裁廷個々の結論が異なっている。よって、両仲裁人にとっては、LG&E あるいはその他の案件のどちらかで自己の意見とは相容れない判断が仲裁廷の意見として提示されたことになる。両名が一貫性をもって判断したとすれば、いずれかの判決において反対意見を述べたはずであるが、そのような証左はない。

以上のことから、一般的にはこれら 6 件の判断の先例性は、ある程度限定的に理解せざるを得ない。とはいえ、少なくとも BG 判決以外の 5 件には先例としての意義を評価できる点も指摘できる。まず、経済危機に対する緊急避難の適用可能性については全ての仲裁廷がこれを確認し、条約上の義務を超えて経済危機対応に関する国家の自国民に対する主権的義務を認めた点は評価されている。また、緊急避難および米亜条約第 11 条の例外について自己判断的な性格を否定し、事後的な司法審査を要するとの点でも共通している¹³⁶。

5 緊急避難および安全保障条項の解釈・適用

本章では、4 に検討した各仲裁判断を踏まえ、現在の一般国際法上の緊急避難および一部判決はこれを投影したと解する条約上の安全保障条項の経済的危機への適用にあたり、その解釈・適用の錯綜した状況を詳細に検討する。具体的には、一般国際法上の例外と投資協定上の例外の関係、そして草案第 25 条に具現化される緊急避難、および米亜条約第 11 条の個別要件の解釈・適用につき、順に各判決の判断の相違を分析的に検討する。

5.1 例外／適用除外に関する一般国際法と投資協定の関係

5.1.1 投資協定による緊急避難の適用排除

BG 判決は、投資協定の存在を理由として、緊急避難の適用が排除されると明確に判示した。本稿 2 に述べたとおり、草案第 25 条第 2 項(a)は条約による緊急避難の排除の可能性を規定しており、BG 判決は本件がこれに該当すると理解している¹³⁷。更に、判決中には言及はないが、英亜協定には一般的な適用法規（裁判法規）条項がない一方で、同第 11 条は同協定以外の国内法・国際法は同協定より有利な待遇を投資家に供与する場合にこれを適用すると規定しており、緊急避難はこの条件に該当する国際法で

¹³⁶ Falkof, *supra* note 114, at 12; Reinisch, *supra* note 30, at 214; Schill, *supra* note 125, at 279.

¹³⁷ BG ¶ 409.

はないことは明らかである。かかる限定的な適用法規条項を具備することは、当事国の意思はそれ以外の国際法の適用を排除することにあつたと見るべきであり、その点からも仲裁廷の判断は妥当であつたと評価できる。

これに対して、米亜条約下の 5 件の仲裁は、米亜条約第 8 条は仲裁廷が「適用可能な国際法の規則に従って (in accordance with the applicable rules of international law)」判断を下すべき旨を規定しているため、少なくとも一般国際法上の法理としての緊急避難を適用法規から除外していない。しかしこのうち、CMS 判決は経済的困難時の投資家保護が米亜条約の趣旨・目的であると述べており、そのため、BG 判決と同様に、実質的に投資協定の存在自体により緊急避難の排除を示唆したと理解できることが指摘される¹³⁸。ただし、同判決は、最終的には事態の深刻性の欠如により、本件では緊急避難の適用そのものがないことから、この点を判断しなかった。

5.1.2 緊急避難と安全保障条項の適用関係

前節に述べたように、米亜条約の下で一般国際法としての緊急避難はその適用を排除されないとすれば、次に同条約第 11 条との優先的適用関係が問題になる。この点については各判決の判断は分かれた。

まず CMS、エンロン、センプラの各仲裁廷は、双方を並列的に適用した。特にエンロン・センプラ両判決は、本来ならば特別法である米亜条約第 11 条が優先するが、同条の不可欠の安全保障上の利益の定義が明確でなく、一般国際法上の緊急避難と不可分であることから、協定上の要件は一般国際法のそれと同一であると説示し¹³⁹、実質的に一般国際法上の法理を協定に読み込む解釈を示した。

このような理解に基づけば、特に実体的側面においては、被申立国が双方に基づく請求を（特に、CMS、エンロン、センプラの 3 件のように米亜条約上の例外を予備的に）行う意味は乏しく、もっぱら米亜条約の下で安全保障条項の自己判断(self-judging)を確保することにしか見出せない¹⁴⁰。このため、一般国際法上の原則と条約上の安全保障条項を同一視することは後者を無意味化するので、条約解釈の実効原則に反する解釈として批判される¹⁴¹。とりわけ、先に見たように米亜条約の適用法規条項が一般国際法の適用を排除しない以上、かかる批判は正鵠を得ている。

これに対して LG&E 判決は、両者を実体的に別個の独立した例外として個別に検討している。もっとも同仲裁廷は、あくまで本件被申立国の請求・防御がもっぱら米亜

¹³⁸ Reinisch, *supra* note 30, at 205. Cf. CMS ¶ 354.

¹³⁹ Sempra ¶¶ 375-378; Enron ¶¶ 333-334, 340.

¹⁴⁰ 自己判断性については、本稿後述 5.2.2 および 5.3.2 参照。

¹⁴¹ Burke-White, *supra* note 120, at 16-17.

条約第 11 条に基づいているとして、一般国際法上の緊急避難の検討は協定の解釈・適用に要する範囲にとどめると述べている¹⁴²。また、一般国際法上の緊急避難の要件充足が本件事実より認められるとの結論に到達し、それ自体では抗弁にならないにせよ、この認定が米亜条約第 11 条に関する同仲裁廷の結論を支持すると述べている¹⁴³。このかぎりでは、仲裁廷は一般法としての緊急避難は特別法たる米亜条約第 11 条により排除されていると理解している可能性があるが、他方で仲裁廷は米亜条約第 11 条が一般国際法上の緊急避難を受容しているものと理解していることも示唆し¹⁴⁴、実質的に CMS 判決ほかと同様に両者を同一視する可能性にも含みを残す。

他方、CMS 取消判決は、この点について明確な判断を示している。同判決は、双方の規定の関係を分析するにあたり、まず具体的な要件の違いを指摘し、更に一般国際法上の緊急避難は違法行為に対する抗弁、対して米亜条約第 11 条は協定の不適用条件と、両者を性質の異なるものとして位置付けられる可能性を示唆する¹⁴⁵。以上の区別に依拠するならば、ある措置が一次的規範である米亜条約第 11 条に適合する場合、そもそも協定上の義務の適用がなく違反は発生しないので、二次的規範として位置付けられる緊急避難は援用の必要がなくなる。よって、仲裁廷は、まずアルゼンチンの措置の米亜条約第 11 条適合性から審査すべきであって、その結果同条の適用がなく協定違反が認められる場合に、初めて二次的規範たる緊急避難が適用されると説示している¹⁴⁶。CMS 取消判決が両者の関係を意識的に明確化したことによって、爾後の判例が同様の理解に収斂することが期待されたが¹⁴⁷、果たしてこれに続くコンチネンタル判決は、この説示を明示的に継承していることは 4.6 に述べた。ただし、同判決は、緊急避難を二次的規範と位置付けながら、違反・賠償を免責することを理由に、前提となる義務違反を認定せずに一次的規範として位置付けた米亜条約第 11 条と同様に最初に検討した¹⁴⁸。

もっとも、この CMS 取消判決・コンチネンタル判決の解釈は、同様の安全保障条項に関する ICJ の解釈と相容れない点で、やはり先例性について一定の留保を要する。1996 年の米・イラン間の石油プラットフォーム事件 ICJ 管轄権判決は、友好・経済関係および領事権に関する米・イラン 1955 年条約¹⁴⁹第 20 条第 1 項(d)につき、条約の適

¹⁴² LG&E ¶ 206.

¹⁴³ *Id.* ¶ 258.

¹⁴⁴ *Id.* ¶ 255.

¹⁴⁵ CMS (Annulment) ¶¶ 129-130.

¹⁴⁶ *Id.* ¶ 134. 同様の整理につき、Burke-White & von Staden, *supra* note 8, at 320-22 を参照。

¹⁴⁷ Chiara Giorgetti, Introductory Note, *Decision of the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic*, 46 I.L.M. 1132, 1133 (2007).

¹⁴⁸ Continental ¶¶ 160-161.

¹⁴⁹ Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights, U.S.-Iran, Aug. 15, 1955, 284

用範囲からの除外とも抗弁とも解釈できると述べ、双方の可能性を認めた。しかし、やはり類似の文言をもつ米・ニカラグア友好通商航海条約¹⁵⁰第 21 条第 1 項について抗弁と理解したニカラグア事件 ICJ 本案判決の判断に倣い、これを抗弁と解釈している¹⁵¹。上記のふたつの条文は本件で問題となった米亜条約第 11 条の文言と酷似している。この点につきコンチネンタル判決は、当該条約が当事国による不可欠の安全保障上の利益保護に必要な措置の適用を妨げない、とする安全保障条項の定型的な文言に、米亜条約第 11 条を不適用条件として解する根拠を求める¹⁵²。しかしながら、少なくとも ICJ の理解では、同様の文言はそれを含む規定が一次的規範か二次的規範かの性格付けには決定的要因とならないことを示している。

なお、CMS 取消判決は、代替的解釈として、緊急避難も米亜条約第 11 条同様に適用除外の一次的規範として理解し、特別法である後者が前者を排除する可能性を示唆する¹⁵³。その場合でも、ILC および ICJ の理解では、特別法と重複する要件については一般国際法が修正を受けるが、残余の要件について一般国際法は影響を受けない。よって、手段の唯一性や援用国の寄与の有無等米亜条約第 11 条にはない草案第 25 条固有の要件については依然として適用されることになる¹⁵⁴。

5.2 国家責任条文草案第 25 条の解釈・適用

5.2.1 私人对国家の紛争における緊急避難の適用可能性

BG 判決は、緊急避難は国家間の国際違法行為に関する責任を定めた国家責任の法理の一部であり、私人たる投資家と受入国の関係において適用されないと説示している。また、アルゼンチン経済危機によるソブリン債償還のデフォルトをめぐって、ドイツの私人が独国内裁判所に支払いの履行を求めて提訴しているが、2007 年 5 月のドイツ連邦憲法裁判所本件判決は、国内私法上の国の責任について緊急避難の法理は確立し

U.N.T.S. 93.

¹⁵⁰ Treaty of Friendship, Commerce and Navigation (with Protocol), U.S.-Nicar., Jan. 21, 1956, 367 U.N.T.S. 3.

¹⁵¹ Oil Platforms (Iran v. U.S.), Preliminary Objection, 1996 I.C.J. 803, 811 (Dec. 12). Cf. Military and Paramilitary Activities (Nicar. v. U.S.), Merit, 1986 I.C.J. 14, 116, 135-36 (June 27).

¹⁵² Continental ¶¶ 163-164.

¹⁵³ CMS (Annulment) ¶ 133.

¹⁵⁴ Jürgen T. Kurtz, *ICSID Annulment Committee Rules on the Relationship between Customary and Treaty Exceptions on Necessity in Situations of Financial Crisis*, ASIL Insights, Vol. 11, Issue 30 (Dec. 20, 2007), at <http://www.asil.org/insights/2007/12/insights071220.html>. このような理解は ILC 注釈第 52 条(2)および最近の ICJ 判例にも合致するとされる。Cf. Oil Platforms (Iran v. U.S.), Merit, 2003 I.C.J. 161, 196 (Nov. 6).

ていないと判示している¹⁵⁵。投資協定に関する国際仲裁と国内私法上の法の一般原則について論じる国内裁判の違いはあれ、私人と国家の関係については、両判決とも国家責任における緊急避難の法理を準用せず、改めて緊急避難の法理の確立を確認すべきであると考えている点で共通している。

この点につき、ILC 注釈前文パラ 5 および同第 28 条(3)は、国家責任法理、特に第 2 次草案第 1 部が国家・私人間の関係に適用される可能性を排除していない。そして本稿で検討した 5 件の ICSID 仲裁のいずれもが、投資家対国家の関係にも国家責任上の緊急避難を留保なく同様に適用している。たしかに草案第 25 条は私人対国家の関係に適用するには一定の不都合が否めないが、この適用実績は当該法理が投資家対国家仲裁において重要な役割を果たし、仲裁もその文脈においてこれを採用することに積極的であることを示すものと評価される¹⁵⁶。また、実際 ILC は、投資家対国家の仲裁における緊急避難の援用事例を、国際法上の緊急避難の援用実績に算入している¹⁵⁷。更に、草案の起草にあたったクロフォードが前述のように CMS 事件の取消審特別委員会の長を務めているが、同委員会も投資家対国家の紛争における緊急避難法理の適用可能性を否定的に捉えていない。むしろ特別委員会の権限からこの論点に立入って議論することには限界があったが¹⁵⁸、起草者たるクロフォード自身が、国家責任条文草案に具現化される国際慣習法は、外国私人に対する国家の責任にも適用可能であると考えられていた証左と言える。

5.2.2 自己判断性

既に 18 世紀末のネプチューン号判決でその要件充足の成否が事後の司法審査に服することが示されており、ナジマロシュ判決でも ICJ は自己判断的性質を否定している¹⁵⁹。この点については、LG&E 判決では ILC が要件充足を原則として援用国の「主観

¹⁵⁵ BVerfG (German Federal Constitutional Court), Decision of May 8, 2007, docket nos. 2 BvM 1/03, 2 BvM 2/03, 2 BvM 3/03, 2 BvM 4/03, 2 BvM 5/03, 2 BvM 1/06 and 2 BvM 2/06, http://www.bverfg.de/entscheidungen/ms20070508_2bvm000103.html. 本決定の原典はドイツ語のみ利用可能であるため、以下の英文の評釈を参照した。LOWENFELD, *supra* note 46, at 742-44; Bjorklund, *supra* note 18, at 516-20; Stephan W. Schill, *German Constitutional Court Rules on Necessity in Argentine Bondholder Case*, ASIL Insights, Vol. 11, Issue 20 (July 31, 2007), at <http://www.asil.org/search.cfm?displayPage=373>.

¹⁵⁶ Bjorklund, *supra* note 18, at 487-88.

¹⁵⁷ U.N. General Assembly, Int'l Law Comm'n, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Compilation of Decisions of International Courts, Tribunals and Other Bodies*, ¶ 92, U.N. Doc. A/62/62 (Feb. 1, 2007).

¹⁵⁸ ICSID 条約第 52 条第 1 項によれば、実体的な取消理由は仲裁廷の権限超越と判決理由の欠缺に限られ、特別委員会は法の誤りを指摘する権限は有していない。

¹⁵⁹ Gabčíkovo-Nagymaros Project, *supra* note 19, at 40; Luis. F. Castillo Argañarás, *CMS Gas Transmission Company v. the Republic of Argentina – The Defense Raised by Argentina* 4, 1 TRANSNAT'L DISPUTE MGMT., Oct., 2004.

的評価 (the State's subjective appreciation)」に委ねていると説示している箇所があるも¹⁶⁰、その詳細に論じておらず、他の 4 件では自己判断性がないことは当然の前提となっていた。いずれにせよ、CMS、エンロン、およびセンプラの各判決では草案第 25 条は条約上の例外と同一視されるか、あるいは自己判断的性質いかんに関わらず一定の事後的審査に服すると理解されていたため (LG&E 判決)、条約上の例外の自己判断的性質の議論に加えて草案第 25 条の自己判断性を特段論じる必要がなかったことが指摘される¹⁶¹。

5.2.3 「不可欠の利益 (essential interests)」

グロチウス以来古典的な緊急避難法理は、国家の自己保存のための緊急権として位置付けられ、関係する利益も国家の存亡に関するものが観念されてきた。しかしながら、後年 ILC における法典化作業の過程において緊急避難が抗弁として位置付けられるに伴い、国家実行ならびに判例を踏まえてより広い範囲の利益の保護のために緊急避難の援用が認められるようになった¹⁶²。特に外国における危機および投資に関する紛争において、その成否はともかく、緊急避難の援用自体は過去の判例においても認められてきた¹⁶³。CMS 判決も LG&E 判決も共に、こうした現代的な緊急避難の理解、特にナジマロシュ判決および ILC 注釈第 25 条(14)を踏まえ、「不可欠の利益」が非軍事的な利益 (環境、市民生活の平穏など) も含むものと理解しており¹⁶⁴、経済危機について緊急避難を援用できると解する点で双方に相違はない。国際裁判においては、国家が不可欠と認めた価値について後知恵で批判することは困難であり、従来の判決は利益の不可欠性について厳しく問うことはなく、他の要件の厳格な適用によって規律を及ぼしてきた¹⁶⁵。

しかし、CMS・LG&E 両判決の認定は次の点で双方全く相容れない。まず CMS 判決は、極めて簡略に「相対的な効果 (relative effect)」では不十分とし、本件危機が「不可欠の利益」を侵害するものとは認めなかった¹⁶⁶。他方、LG&E は、これも十分な議論を尽くさず、本件における不可欠の利益の侵害への危機を認めている¹⁶⁷。利益の不可欠性について両件の判断を分けた基準は明示されていないが、CMS 事件では危機の

¹⁶⁰ LG&E ¶ 248.

¹⁶¹ Bjorklund, *supra* note 18, at 503-5.

¹⁶² 山田「歴史的展開」前掲注(18)25-26 頁、Boed, *supra* note 18, at 10-12.

¹⁶³ Hill, *supra* note 24, at 555-57.

¹⁶⁴ LG&E ¶ 251; CMS ¶ 319.

¹⁶⁵ Laursen, *supra* note 18, at 503.

¹⁶⁶ CMS ¶ 321.

¹⁶⁷ LG&E ¶ 256.

程度であったものと解され¹⁶⁸、この点は LG&E も同様であろう。双方の判断を分けたものはその評価だけある¹⁶⁹。いずれにしても、これらの粗雑な分析は、本件でアルゼンチンが何故重大性要件を充足しないか、またいかなる場合に当該要件を充足できるかを明らかにせず、批判を免れない¹⁷⁰。

他方、エンロン・センプラ両判決では、アルゼンチン経済危機が国家の存立と独立を損なう水準に達していないことを理由に、やはり不可欠の利益の存在を認めなかった¹⁷¹。両判決の基準は国家存亡の危機を要求する点において、特に LG&E 判決との比較において厳格であり、古典的な緊急避難法理の基準に近いことが指摘されている¹⁷²。

5.2.4 重大かつ急迫の危険 (a grave and imminent peril)

前節の議論から明らかなように、一部の判決ではこの危険の重大性の要件は「不可欠の利益」の認定の一環で議論されており、要件としては別個のものと認識されながら、「不可欠の利益」と混同されている¹⁷³。特に CMS 判決は、「不可欠の利益」の存在を検討した過程で得られた所見を危険の重大性に関しても繰り返すに過ぎない¹⁷⁴。また、エンロン・センプラ両判決でも、「不可欠の利益」および危険の存否の双方は、共に事態の政府による收拾可能性の問題として論じられている¹⁷⁵。この点については、上記のようにこれらの判決では「不可欠の利益」が危機の程度に依存して定義されている以上、利益要件を危険要件と併せて総合的に判断する解釈を採用したと理解できる¹⁷⁶。

しかしながら、草案第 25 条の要件構造は、利益の存在と危険とを明確に分けており、両者は関数として定義されていない。したがって、危険の程度に利益の不可欠性を依存させる解釈は、草案第 25 条に照らしてそもそも論理的ではない¹⁷⁷。実際、ナジマロ

¹⁶⁸ Bjorklund, *supra* note 18, at 479.

¹⁶⁹ Sempra ¶ 346; Bjorklund, *supra* note 18, at 481; OECD, INTERNATIONAL INVESTMENT PERSPECTIVES: FREEDOM OF INVESTMENT IN A CHANGING WORLD 95 (2007 ed.).

¹⁷⁰ Bjorklund, *supra* note 18, at 482-83.

¹⁷¹ Sempra ¶ 348; Enron ¶ 307.

¹⁷² Cf. Reinisch, *supra* note 30, at 197.

¹⁷³ Bjorklund, *supra* note 18, at 481.

¹⁷⁴ CMS ¶ 322.

¹⁷⁵ Sempra ¶¶ 348-349; Enron ¶¶ 306-307 (“Questions of public order and social unrest could be handled as in fact they were. ...” “[T]here is no convincing evidence that the events were out of control or had become unmanageable.”). 両判決における引用したパラグラフの文言はほぼ同一である。

¹⁷⁶ 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 頁以下所収 72 頁。

¹⁷⁷ つまり、この論理に従えば、あまり重要性のない利益であっても危機にさらされれば「不可欠」になる、あるいは、不可欠性の高い利益であっても危機になれば軽視すべき利益に変容する、ということになる。

シュ判決は、特に CMS ほか 3 判決のような法の適用は行わず、第 1 次草案第 33 条の各要件を個別に検討しており¹⁷⁸、条約法条約第 31 条適合性の観点からも、そのような解釈が本来妥当であろう。

更に、この危険要件そのものにも、文言から明らかなように、事態の重大性、時間的危急性、そして危機の存在が要素として内包されており、ナジマロシュ判決では個々の文言の意味の明確化が図られている¹⁷⁹。この点についても、本稿に検討した各判決では議論が尽くされていない。

5.2.5 手段の唯一性

草案第 25 条第 1 項(a)は違法行為が不可欠の利益を保護する「唯一の方法 (the only way)」でなければならないと規定するが、ILC 注釈第 25 条(17)によれば、合法的な代替手段があれば、その費用の多寡および不便を問わずに、違法行為の必要性は認められない。CMS、エンロン、センプラの各判決はこの原則に忠実であり、一般論として問題の措置以外に経済危機への対処法があり得たことや専門家の評価の不一致を理由として、アルゼンチンの措置の唯一性を認めていない。その一方で、あるべき代替手段の提示は仲裁廷の責務の範囲外であるとして、判断を避けている¹⁸⁰。

この唯一性要件は、援用する被申立国に実質的に「不存在の証明」を要求するものであって、充足を立証することは極めて困難であり、緊急避難の抗弁としての機能の余地を実質的に失わせるおそれが懸念される。特に経済危機については多様な政策的対応が可能であり、またその妥当性・有効性につき評価が分かれるところ、唯一性要件の充足はほぼ不可能と言える。また、代替手段があるにしても、ILC 注釈第 25 条(17)を貫徹すれば代替手段の採用のために国家の存立を脅かすような負担まで強いことになる、ナジマロシュ判決に鑑みればこのような唯一性要件の解釈は妥当ではない¹⁸¹。

他方 LG&E 判決は、理由を示さずアルゼンチンの対応が必要であるとしか述べていない¹⁸²。後に 5.3.3 に説明するが、同仲裁廷はこれに先立ち米亜条約第 11 条の必要性要件は手段の唯一性ではなく、アルゼンチンが取った横断的対策の一般的な不可避免性と個別手段の合理性を要求しているものと解釈しており、この解釈をそのまま緊急避難の唯一性に導入したように理解できる。同仲裁廷は、当時のアルゼンチンの政策選択を事後的に批判する (second-guess) ことなく、非制限的で投資家の利益を害する

¹⁷⁸ Gabčíkovo-Nagymaros Project, *supra* note 19, at 41-42.

¹⁷⁹ *Id.* at 42; Boed, *supra* note 18, at 16.

¹⁸⁰ Semptra ¶351; Enron ¶ 309.

¹⁸¹ Boed, *supra* note 18, at 18.

¹⁸² LG&E ¶ 257.

程度がより少ない手段が危機に対する望ましい対応をもたらすことが明らかではないかぎり、受入国の政策的裁量に謙抑（deference）を示している¹⁸³。しかしながら、手段の唯一性は、国際的違法行為が不可避な状況でのみその選択を許すことによって緊急避難の濫用を防止しており、本件判断のように手段それ自体の不可避性を問うことなく、何らかの対応の不可避性にまで緩和すれば、かかる唯一性要件の機能は損なわれる。

更に、LG&E 判決は申立人が代替手段の実効性を立証できなかったことを指摘しており、手段の唯一性の証明責任を実質的に申立人に転嫁している¹⁸⁴。同判決は危機に対応する受入国の政策的選択肢を広げる一方で、投資家に証明責任を転嫁しているが、特に投資家が私人であり、代替手段の利用可能性について立証する能力に限界がある以上、このことにより実質的に手段の唯一性要件を無意味化する¹⁸⁵。米亜条約第 11 条の必要性要件を一般国際法上の緊急避難の唯一性要件と同様の厳格な要件と解することは妥当ではないと指摘されるが¹⁸⁶、逆に一般国際法上の緊急避難の必要性要件を米亜条約の安全保障条項の水準に緩和することも同様に妥当ではない¹⁸⁷。

5.2.6 義務の相手国・国際社会の不可欠の利益侵害

米亜条約に関する 4 判決は共に、国際社会全体の利益について侵害を認めないという結論を簡潔に示すに留まる。他方、義務の相手国（すなわち米国）の利益の侵害については、CMS、エンロン、センプラの各判決はこれを米亜条約第 11 条の検討の文脈で議論している。CMS 判決は、義務相手国（つまり投資家母国）内の投資家個人の利益保護が義務相手国の利益であると述べる一方、こと義務相手国自体の利益には侵害はないという結論のみ簡潔に述べた¹⁸⁸。エンロン、センプラ判決は、米亜両国に米亜条約第 11 条を自己判断的な規定と解釈する事後的な合意があると理解し、かかる合意があるのであれば、相手国より緊急避難を発動されても、他方当事国の利益は侵害されていないと理解しているようである¹⁸⁹。

なお、それぞれ判決概要に説明したように、特にエンロン・センプラ両判決は、投資協定の最終的受益者である投資家に対する利益侵害を当該要件充足の判断にあたっ

¹⁸³ Burke-White, *supra* note 120, at 20.

¹⁸⁴ LG&E ¶¶ 242, 256.

¹⁸⁵ Schill, *supra* note 125, at 280-81.

¹⁸⁶ 同一であれば、一般国際法を適用法規にしている投資協定では安全保障条項をそもそも挿入する必要もなく、また、条約法条約の指針に従った解釈ではない。Burke-White & von Staden, *supra* note 8, at 343-344, 348.

¹⁸⁷ Bjorklund, *supra* note 18, at 485.

¹⁸⁸ CMS ¶¶ 357-358.

¹⁸⁹ Enron ¶ 341.

て重視している。しかし、かかる解釈については草案および米亜条約第 11 条の文言に手がかりはなく、むしろ国対国の利益衡量を規定する草案第 25 条の文言からの乖離が指摘される¹⁹⁰。他方、ILC 注釈前文パラ 5 によれば国家責任法は対個人を含むあらゆる国家の義務に適用があること、また投資家対国家紛争の複合的性格から、義務の相手国利益の衡量の文脈で投資家個人の利益を勘案することが妥当であることが指摘される¹⁹¹。

エンロン判決の判断を敷衍して考えるに、何らかの投資財産の侵害は、一部の例外的な多国籍企業を除き、国家との比較で相対的に小規模の経済主体である個人あるいは個別企業の利益であるかぎり、常に「重大な侵害」となる蓋然性が極めて高い。草案第 25 条第 1 項は同(b)に規定される利益侵害が認められる場合に緊急避難の援用を妨げるものであり、その意味において、ここに投資家の利益を読み込む解釈は投資紛争における緊急避難の援用可能性を著しく狭めるおそれがある。他方、エンロン判決とは異なり、常に金銭的に規定され相対的に小さい投資家の利益を受入国の利益の金融・政治的利益と衡量すれば、投資家の利益は軽視されやすい。このような解釈に基づけば、逆に不可欠の利益侵害に投資家の利益を読み込む意義を失わせめることが指摘される¹⁹²。

5.2.7 危機に対する援用国の寄与

草案第 25 条によれば、危機に対して援用国が何らかの寄与を行った場合、当該危機を理由とする緊急避難の援用は認められない。この寄与の程度に関する草案第 25 条の解釈につき、各判決は分かれた。

まず CMS 判決は、ILC 注釈に忠実な解釈を示した。同第 25 条(20)は、緊急避難を排除する援用国の危機への寄与は、「十分に実質的であり、単に偶発的あるいは末梢であってはならない (sufficiently substantial and not merely incidental or peripheral)」と規定している。同判決はこの指針を本件事実に照らし、80 年代以降のアルゼンチン自身の経済政策の失政が今回の危機に相当寄与しているため、同国の経済危機は自己の責めに帰さない外生的要因を理由とするとはいえず、よってアルゼンチンは免責されないと述べている¹⁹³。

対して寄与を認めなかった LG&E 判決では、この寄与の程度に関する議論は展開さ

¹⁹⁰ Bjorklund, *supra* note 18, at 487.

¹⁹¹ *Id.* See also Reinisch, *supra* note 30, at 201. 5.2.1 に前述のとおり、この点は同第 28 条(3)でも明らかにされている。

¹⁹² Bjorklund, *supra* note 18, at 487.

¹⁹³ CMS ¶ 329.

れず、いかなる寄与も緊急避難の援用を妨げるものと解される余地があると指摘される¹⁹⁴。この点、エンロン・センプラ両判決は結論においてアルゼンチン政府の危機への寄与を認めているが、危機は「すべて (entirely)」外生的要因に起因するとは主張できないと述べ¹⁹⁵、より明確に ILC 注釈より厳密なゼロトレランス基準を採用している。上記のように ILC 注釈は寄与要件をかように厳格には解釈していない。国家の過去の政策は少なくとも間接的には常に何らかの寄与を現状にもたらす以上、かかる厳格な解釈は緊急避難法理の無効化であると批判される¹⁹⁶。

しかしながら、いずれの仲裁判断も危機に対するいかなる寄与がどの程度アルゼンチンによってなされたかについて、厳密な分析は行っていない。特に ILC 注釈に準拠する場合、当該要件に関する判断においては、仲裁廷は危機を惹起する可能性のあるアルゼンチンの経済的失政以外の要因の特定、経済的失政とそれ以外の要因それぞれと危機の因果関係、寄与度の計量的評価と配分を要する。これはちょうど輸入救済法の因果関係分析および不帰責分析（セーフガード協定第 4 条第 2 項(b)、ダンピング防止協定 3.5 条、補助金・相殺関税協定 15.5 条）と類似の作業が要求されていることになる。特に不帰責分析については、WTO 協定についてもその実施方法が上級委員会の説示から必ずしも明確でない点が批判されるが¹⁹⁷、それでもなお例えばグレンジャーテストの援用により、経済的な危機に対する過去からの複数要因の時系列的な影響を要因個別に分析する等の計量的分析は可能である¹⁹⁸。いずれにしても、米亜条約関連の 4 判決では、共にあり得べき外生的要因の提示すら行われず、結論のみが提示されたに等しい。

特に LG&E 判決は、この援用国の寄与に関する分析の責任を申立人に転嫁し、その立証がなかったことを理由に援用国の寄与を否定している¹⁹⁹。かかる立証責任配分は草案第 25 条上の根拠を欠くばかりではなく²⁰⁰、積極的抗弁は援用国が事実の提示および要件適合性を証明するという訴訟法上の一般原則に照らしても²⁰¹、甚だ不適切な判断と言わざるを得ない²⁰²。とりわけ私人たる投資家が申立人であり、他の寄与要因を

¹⁹⁴ Reinisch, *supra* note 30, at 203-04.

¹⁹⁵ Semptra ¶ 354; Enron ¶ 312.

¹⁹⁶ Burke-White, *supra* note 120, at 22.

¹⁹⁷ ALAN O. SYKES, THE WTO AGREEMENT ON SAFEGUARDS: A COMMENTARY 174-90 (2006).

¹⁹⁸ 阿部克則「セーフガード協定における因果関係要件 —不帰責規則 (non-attribution rule) の分析と評価—」『WTO 体制下のセーフガード —実効性ある制度の構築に向けて—』99 頁位以下所収 110-14 頁 (荒木一郎・川瀬剛志編、2004)。

¹⁹⁹ LG&E ¶ 256.

²⁰⁰ Bjorklund, *supra* note 18, at 491; Reinisch, *supra* note 30, at 203.

²⁰¹ Appellate Body Report, *United States—Measure Affecting Imports Woven Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/AB/R, WTO D.S.R. (1997: I, 323), 333-38.

²⁰² なお、山田前掲注(176)74 頁は、LG&E 判決が危機克服の政府の熱意等の主観的要素を勘案して

立証する能力に限界がある以上、投資仲裁の文脈においてはかかる証明責任の転換は実質的に寄与要件の無効化に帰結する²⁰³。

他方、コンチネンタル判決は、先例とは異なる視点で寄与要件の解釈・適用を行っている。ILC 注釈に忠実な CMS 判決、およびゼロトレランスを示唆するエンロン、センプラ、LG&E の各判決は、いずれも援用国の行為が危機に寄与する程度のみを問う。寄与の性質については、これらの判決による解釈では、何らかの国政上の問題に端を発する緊急事態は国の寄与・責任を容易に追及できるので草案第 25 条の範囲から除かれ、実質的に自然災害か第三者の突然の攻撃のみに緊急避難の救済の対象が限定される²⁰⁴。これに対してコンチネンタル判決は危機に寄与する行為が「故意ではあるが正当である (deliberate but legitimate)」場合、その結果不可欠の利益の保護の必要性が生じる場合でも緊急避難の援用は認めると説示し、寄与の有無の認定は問題の政策行動の性質に依存するとの解釈を示した。同判決は、政治的・経済的には経済政策の失政の責任が政府に帰することを認めながら、法的評価としては本件では兌換計画が過去に妥当な政策であり、IMF から評価されていたことを理由に、アルゼンチンの危機への寄与を認めなかった²⁰⁵。

しかしながら、本件におけるアルゼンチンの一連の政策をコンチネンタル判決が評価するように正当と見るべきかどうか、更には政策の正当性の評価はコンチネンタル判決が本件で行ったような緩やかなもので適切かどうかについては、疑問なしとはしない。寄与要件の解釈にあたり、受入国の政策選択の帰結の予見可能性がひとつの基準となりうるものが提起されるが²⁰⁶、この基準に従えばある政策の継続の帰結が望ましくないことが明白であり、政府がそれを自覚していた時、そのような政策はもはや正当たり得ない。

では、本件事実の文脈では、アルゼンチンは自己の政策判断の帰結を知り得たのであろうか。まずブラジル通貨危機以後、兌換法によるドルペグ維持がペソの過大評価

寄与の有無を判断したと論じている。問題の LG&E 判決パラ 256 の一節は、“[T]he attitude adopted by the Argentine Government has shown a desire to slow down by all the means available the severity of the crisis.”と述べている。たしかに仲裁廷は「姿勢 (attitude)」および「願望 (desire)」という主観を示す表現を用いているが、むしろアルゼンチン政府はあらゆる手段を用いて危機の沈静化を図った客観的事実を指摘することで、危機はアルゼンチンに帰責されるべきではないことを示唆するものと解する余地もある。よって、直ちにこれを主観的要素の導入と解することには躊躇を禁じえない。

²⁰³ Schill, *supra* note 125, at 280-81.

²⁰⁴ Stephan Schill, *From Calvo to CMS: Burying an International Law Legacy? Argentina's Currency Reform in the Face of Investment Protection: The ICSID Case CMS v. Argentina* 3, TRANSNAT'L DISPUTE MGMT., Apr., 2006.

²⁰⁵ Continental ¶¶ 234-235.

²⁰⁶ Schill, *supra* note 125, at 281.

を招き、それに伴う国際競争力低下が危機を発生させたこと、および 98 年以後の不況において兌換計画による金融政策の制約が危機を招いた重大な要素であったことは 3.3 に述べた。すなわち、ネオリベラリズム的なワシントンコンセンサスの処方に批判的な見解によれば、兌換計画の本質が必然的に 2001 年の危機に結びついた²⁰⁷。このとき、経済成長促進と債務解消を同時に達成するには、政策的には兌換計画の放棄が妥当であった。しかも、そもそも 1 ペソが 1 ドルの価値を有することはそれに見合う国際競争力をアルゼンチンが有していることが前提となっていたため、兌換計画の持続可能性については既に 90 年代半ばには IMF 内でも疑問視されていた²⁰⁸。兌換計画を導入したメネム大統領自身も、その持続可能性については懐疑的な見解を示していた²⁰⁹。

兌換制に関する政策転換を現実的に実施できた時期をどこに定めるかについては諸説あるが、コンチネンタル判決の事実認定では、この時期を 2000 年までと認定している²¹⁰。アルゼンチン自身も危機前の 1999 年大統領選時には既にこの事態を認識しており、それが政策転換の機会であった。しかしながら、個人レベルの経済のドル化が進行したことによる国民の既得権を慮って、与野党候補共にむしろ兌換法の維持を公約とした²¹¹。

上記の事実を予見可能性基準に照らした場合、兌換計画がいかに 90 年代中盤までの経済成長を支えたにせよ、アルゼンチンは明らかに兌換計画の限界について知りうる状況にあった。にもかかわらず再考の政治的機会にも主体的に兌換計画の継続を選択したとすれば、仲裁廷は同国の危機への寄与を認めざるを得ないと考えるのが妥当であろう。

このような状況でもコンチネンタル判決がアルゼンチンの寄与を認めなかったのは、本件の特殊事情によるものと理解できる。当時のアルゼンチンは政治的・経済的混乱期にあり、また途上国として行政能力にも乏しい。経済危機への過程、特に 2000 年以

²⁰⁷ Cibils & Lo Voulo, *supra* note 33, at 755, 756, 765-66.

²⁰⁸ LOWENFELD, *supra* note 46, at 731.

²⁰⁹ Samra, *supra* note 61, at 675-76.

²¹⁰ Continental ¶ 229. もっとも、もう少し早い時期を主張する見解も見られる。DASEKING ET AL., *supra* note 31, at 20-22 は、アルゼンチンは好況のうち、すなわち 92 年から 94 年上半期、もしくは 96 年から 97 年初頭に兌換計画からの秩序ある転換を図るべきであったが、兌換計画への政治的支持により、時機を逸したと説明している。99 年時点での政策転換は既に遅きに失しており、金利・国際競争力いずれについても打開策とはならず、むしろ秩序ある兌換計画の退出は困難であったことが指摘される。Id. at 30. また、西島前掲注(34)185 頁も、レアル切り下がりであるアルゼンチンの輸出競争力の低下が顕在化する 1999 年頃には、債務の 8 割がドル建となっており、この状況下での兌換計画の放棄、すなわち変動相場制への移行によるペソ切下げ容認は、債権者の返済負担増による経済的混乱を招き、デフォルトが発生するまで現実的な選択ではなかったと指摘する。

²¹¹ 宇佐美前掲注(33)6-7 頁。

降、アルゼンチンはスタンバイ融資に伴い、コンディショナリティ実施の枠組みの下で IMF および米国を中心とした債権国との密接な連携の下に政策遂行を余儀なくされ、とりわけ IMF がデフォルト直前の融資停止まで一貫して兌換計画の維持を支持した。コンチネンタル判決は随所でこれらの点に触れている²¹²。このことは、上記の政策連携の下では、外部の政策的助言にアルゼンチンが従ったことについて、もっぱら同国にのみその責めを負わせることは妥当ではないと仲裁廷が理解していたことを伺わせる。

5.2.8 累積的な要件充足

ナジマロシュ判決は、緊急避難の要件は全て累積的に充足 (cumulatively satisfied) されなければならないと説示しており²¹³、このことは ILC 注釈第 25 条(11)にも引用されている。CMS、エンロン、センプラの各判決はこの点に明示的に触れており、また、LG&E 判決も明示的でないが、その分析から同様に理解していることを伺わせる。

なお、この点について、ナジマロシュ判決の説示する要件の累積的充足とは、「各要件の相互作用と寄与 (interact and contribute to each other)」を要求するものであるとの説があるが²¹⁴、この点はこれら 4 件では確認できなかった。

5.2.9 賠償

草案第 27 条(b)には、緊急避難を含む草案第 1 部第 5 章の援用は、賠償義務を予断しない旨が中立的に規定されている。しかしながら、ナジマロシュ判決を引用する ILC 注釈第 27 条(5)は、賠償の可能性の排除によってむしろ善意無過失の第三者に対する負担の安易な転嫁を懸念している。その意味では、草案 27 条は緊急避難によって違法行為を免責することが賠償を完全に排除しないことを確認するものと解せる。草案第 1 部第 5 章の行為類型のうち賠償の要否を決する要因は例外的状況に対する被害国の寄与であり、明らかにこの寄与が存在しない緊急避難の場合は、クロフォードも賠償義務を伴うとする議論の方が有力であると述べているが²¹⁵、この点は 2 に触れた緊急避難の法的性質に関するクロフォード自身による理解とも符合する。CMS 判決も同様の理解に立ち、第 27 条に基づいて緊急避難時および終了後に継続する協定義務違反措置

²¹² See, e.g., Continental ¶¶ 110-118, 181, 224-226, 235-236.

²¹³ Gabčíkovo-Nagymaros Project, *supra* note 19, at 40.

²¹⁴ Falkof, *supra* note 114, at 11-12.

²¹⁵ Sergey Ripinsky, *State of Necessity: Effect on Compensation* 7, 4 TRANSNAT'L DISPUTE MGMT., Nov., 2007.

による損害を事態終息後に賠償することを命じた²¹⁶。ただし同判決は緊急避難の抗弁を退けているので、この説示は傍論であるか、さもなくばムートである。

ILC 注釈第 27 条(4)は、緊急避難の援用によって、草案第 34 条の意味での違法行為に対する「賠償 (reparation)」からは免責されると理解している。一応の前提として、本稿では 2 に述べたように草案第 25 条の法的性質を免責として理解しているが、この点は第 1 次草案のように違法行為の発生時に緊急事態に鑑みて当該行為の違法性を阻却すると解しても、いずれにせよ本来は賠償を要しないことには変わりはない²¹⁷。しかしながら、賠償を免除されるにしてもなお、同注釈は緊急避難の援用において被害国の「実質的な損失を補填する (make good any material loss)」ことを、違反を行った当事国に期待する。注釈によれば、この「実質的な損失」は草案他条文の「損害 (damage)」よりも狭い概念であるとされ、違法行為に対する賠償義務よりは軽減されたものである（すなわち緊急避難は賠償減免事由として機能する²¹⁸）と理解できるが²¹⁹、緊急避難の抗弁が成立したか否かにかかわらず、いずれにしても一定の損失補填義務が残ることに変わりはない。先の CMS 判決の説示は、これに沿ったものと言える。

なお、CMS 事件仲裁廷は、結論として本件での緊急避難の抗弁を認めなかったが、他方でアルゼンチンの危機的状況は賠償算定において斟酌されると述べている点は注目される²²⁰。また、同様にセンプラ判決も、危機的状況が存在する現実を斟酌して賠償責任を検討することは仲裁廷が尊重すべき正義の行使として許容されると説示している²²¹。したがって、緊急避難を賠償の軽減事由として理解すると解釈できる上記の ILC 注釈第 27 条に従えば、緊急避難が認められなくとも困難な事態においてはその事実自体が賠償の減免事由となる点で、緊急避難の例外としての意義は相対化される。

最後に、賠償・損失補填の可否は、当事国の合意によって決められる可能性が ILC 注釈第 27 条(6)に規定されている。合意がなかった場合について同注釈は規定していな

²¹⁶ CMS ¶¶ 388-392.

²¹⁷ むろん、免責であれば違法であるが賠償義務から免除される、正当化であれば違法性が阻却されるので賠償義務がそもそも生じない、という点で、理論構成が異なる。

²¹⁸ ナジマロシュ判決のヘルツエグ判事反対意見にも同様の理解が投影されていることが指摘される。山田「国家責任論」前掲注(18)240-41 頁、Gabčíkovo-Nagymaros Project, *supra* note 19, at 184-89. ただし、同反対意見は損害算定にかかる資産の状況に従って賠償責任を減免すると説示するもので、後に注 (333) および本文対応部分に説明する投資仲裁における賠償基準（ホルジョウ・フォーミュラ）と基本的に同一である。したがって、賠償責任を減免するというより、損害に応じた賠償の算定を命じているに過ぎないとも理解できる。

²¹⁹ しかしながら、実務的には賠償の要否、適切な賠償の範囲や程度について、両者の賠償義務を区分することは困難である。Ripinsky, *supra* note 215, at 7.

²²⁰ CMS ¶ 356.

²²¹ Sempra ¶ 397.

いが、CMS 判決、および同じく緊急避難を認めなかったエンロン判決は、緊急事態中の損害については、合意がないので仲裁廷の判断によるとだけ短く述べている²²²。しかし、両判決は緊急避難の援用を認めず、公正衡平待遇義務違反等の違法行為に対する賠償を算定しているので、この説示は内容において合理的ではあるが、またムートであると言わざるを得ない²²³。

5.3 米亜投資条約第 11 条の解釈・適用²²⁴

5.3.1 対象となる政策目標の範囲

米亜条約第 11 条は、「公序の維持 (the maintenance of public order)」、「国際平和あるいは安全保障の維持あるいは回復に関する義務の遂行 (the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security)」、および「自国の不可欠の安全保障上の利益の保護 (the protection of its own essential security interests)」のいずれかに必要な (necessary) 措置を妨げないとする。「国際平和 ... に関する義務」については、同条約附属書第 6 項に国連憲章上の義務を指すことが明示されており、本件とは無関係である。よって、他のふたつの事由が本件では援用された。このような安全保障条項は多くの BIT ないしは地域経済統合協定の投資規律に含まれており²²⁵、協定毎に一定の幅はあるものの、緊急避難の「不可欠の利益」概念同様に、経済危機、公德、公衆衛生など幅広い政策目標に対応する規定として理解されている²²⁶。

CMS 判決では「不可欠の安全保障上の利益」が援用されたが、仲裁廷は、これを政治的・国家安保上の問題に限定する解釈を退け、経済危機もここに含まれると説示した²²⁷。LG&E 判決では「不可欠の安全保障上の利益」に加えて公序維持も援用されており²²⁸、やはり経済危機がこれによってカバーされる点で CMS 判決と齟齬がない。ただし、LG&E 判決はその程度において、軍事進攻の危機に匹敵すると解している点で経済危機そのものが「不可欠の安全保障上の利益」を脅かし得ると見ているのに対し、CMS 判決は文言に手がかりがないことを前提として、趣旨・目的および文脈に経済危

²²² Enron ¶ 345; CMS ¶¶ 393-394.

²²³ Ripinsky, *supra* note 215, at 7.

²²⁴ BG 事件において適用された英亜協定は米亜条約第 11 条に相当する安全保障条項を含まないため、本節での検討は米亜条約下の 5 件の ICSID 仲裁判決のみを対象とする。

²²⁵ 安全保障条項の類型については、OECD, *supra* note 169, at 113-34 を参照。

²²⁶ Burke-White & von Staden, *supra* note 8, at 349-68.

²²⁷ CMS ¶ 359.

²²⁸ LG&E ¶ 226.

機を米亜条約第 11 条の範囲に含めることを「排除するものが ... ない (There is nothing ... to exclude ...)」として、同条の外生的要素にその解釈の手がかりを探っている²²⁹。ただし、CMS 判決はいかなる文脈あるいは趣旨・目的に則してそのように判断したのか明らかにしていない。

エンロン・センブラ両判決も米亜条約第 11 条が経済危機をカバーすることに異を唱えないが、前述のとおり同条の規定と慣習法上の緊急避難を実質的に同一視しており、また同条が特に「不可欠の安全保障上の利益」を定義していないことから、国際慣習法上の緊急避難に依拠してこれを解釈すると述べている²³⁰。このことから、慣習法上の「不可欠の利益」が経済危機を含むとすれば、両判決の結論は当然の帰結となろう。

コンチネンタル判決は、この点について結論は先例と一致しているが、上記のように先例より若干丁寧に「不可欠の安全保障上の利益」や「公序の維持」の意味を明らかにした。また、本件における危機の性質やアルゼンチンの対応を根拠として、米亜第 11 条に規定する状況に該当すると述べている。この判断は、LG&E 判決のように軍事進行に匹敵する等程度に関する基準を明示していないが、やはり不可欠の利益や公序を脅かすなど経済危機には一定の重大性が要求されることを示唆する。他方で、この程度が「完全な崩壊 (total collapse)」や「壊滅的事態 (catastrophic situation)」を要求しないと述べており、要求される危機の重大性は一般国際法上の緊急避難におけるそれより低いもので足りることも示唆している²³¹。

これらの判断は ICJ の先例とも符合する。ICJ は、5.1.2 に触れたニカラグア、石油プラットフォーム両事件において、「不可欠の利益」の外延を画定しなかったものの、特に後者本案判決は経済的利益を含むとする米国の解釈を認めたと理解されている²³²。

5.3.2 自己判断性

自己判断性については 5 件とも否定し、米亜条約第 11 条の援用は事後的な司法審査に服するものとした。ただし、結論に至る解釈は判決によって異なっている。

まず、CMS 判決は米亜条約第 11 条の文言が明示的にその旨を規定していないことを理由に自己判断性を否定し、条約当事国の現在の意思は自己判断性を認める証左とならないとして退けた²³³。また、エンロン・センブラ両判決は自己判断性を否定する理由として、現在でなく締結時には当事国にそのような意思がなかったこと、経済的

²²⁹ Reinisch, *supra* note 30, at 209.

²³⁰ Enron ¶¶ 332-334.

²³¹ Continental ¶¶ 174-180.

²³² Burke-White & von Staden, *supra* note 8, at 350-51. *Cf.* Oil Platforms (Merit), *supra* note 154, at 196.

²³³ CMS ¶¶ 366-372.

困難時の投資保護という条約の趣旨・目的に第 11 条の自己判断性が適合しないこと、更には当事国の条約改正の自由は私人の権利を侵すべきものではないことなどを付加した²³⁴。コンチネンタル判決は文言に加えて、自己判断的解釈に関する事後的な合意が当事国間にないことを指摘した²³⁵。

これらの 4 件の判決は、全て自己判断性は明示的に条文に示されるとの前提に立ち、条約法条約第 31 条に忠実に、米亜条約第 11 条の文言にその手がかりが顕れているか否かを重視する。米亜条約第 11 条の文言が自己判断的に解釈できないことは、米国 2004 年モデル投資協定²³⁶（以下「米モデル BIT」）との比較によりいっそう明らかになる。米亜条約第 11 条に相当する米モデル BIT 第 18 条第 2 項では、例外となる措置は、「(当事国が) 不可欠の安全保障上の利益の保護に必要と認める (measures that it considers necessary for ... the protection of its own essential security interests)」(下線およびカッコ内は筆者) のように規定されており、措置の必要性の判断は導入する当事国の判断に委ねられていることが明らかにされている。これに対して、米亜条約第 11 条は単に「不可欠の安全保障上の利益の保護に必要な措置 (measures necessary for ... the protection of its own essential security interests)」と規定しており、確かに必要性が当事国の判断にかかることは、前者に比して明確とは言えない。この点は、ICJ ニカラグア本案判決が、GATT 第 21 条(b) の文言（「(締約国が) 必要であると認める (which it considers necessary)」) (カッコ内は筆者) との比較において、米・ニカラグア条約第 21 条第 1 項の文言が自己判断的性質を具有しないと解釈した点にも符合する²³⁷。

その一方で、これらの判断は、当事国の意思を確定するその他の解釈要素を十分検討していない点において批判されている²³⁸。特にエンロン判決には、米亜間には当該条項を自己判断的なものとする事後の合意があったとしても、条文改正に結実しないかぎりかかる合意を無視できると理解できる一節がある²³⁹。しかしながら、条約法条約第 31 条第 3 項(b)によれば、条約当事国の「事後の合意」は文脈と共に斟酌される要素であり、無視されるべきものではない。この点については、後日センプラ判決が、米国の安全保障条項の自己判断的性質に関する理解の変化は米国の一方的意思であり、当事国に共通した事後の合意による解釈ではないことを、やや丁寧に明確にしている

²³⁴ Sempra ¶¶ 379, 386-387; Enron ¶¶ 335-338.

²³⁵ Continental ¶ 187.

²³⁶ 2004 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, *available at* http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf.

²³⁷ Nicaragua (Merit), *supra* note 151, at 116.

²³⁸ Burke-White & von Staden, *supra* note 8, at 394-95.

²³⁹ Enron ¶¶ 337-338.

240。コンチネンタル判決も、安全保障条項の自己判断的解釈に関する米国による事後的な通報およびそれに対するアルゼンチンの合意がないことを指摘していることから²⁴¹、このような事後の合意の条約解釈への関連性は認めつつ、かかる合意そのものの存在を否定したものと言える。

他方、LG&E 判決はもっぱら条約締結時の当事国の意思に基づいて米亜条約第 11 条の自己判断的性質を否定している²⁴²。LG&E 仲裁廷の解釈は、当事国が条約締結時に安全保障条項の自己判断的性質をいかに理解していたかを周辺の証拠によって立証しており、文脈による文言解釈を尽くさずに条約締結時の事情（条約法条約第 32 条）に直接依拠しているように理解できる。その意味においてこの解釈手法は条約法条約第 31 条の手順を遵守していない。しかしながら、他方で一般的・抽象的な安全保障条項の文言はそれ自体では「通常の意味」を確定し難いため²⁴³、むしろ条約法条約第 32 条の補足的な解釈手段を通じて黙示的な自己判断的性質に関する当事国の意思の有無を明らかにする必要性が強調される²⁴⁴。一般に解釈における当事国の意思の重視は多国間条約の下では既に非現実的になり、文言を重視する条約意思説への移行が指摘されるが²⁴⁵、この傾向は経済条約では特に WTO に顕著である。しかし同じ経済条約でも、当事国が限定されている BIT においては、より主観的な要素に依存する解釈が妨げられる同様の事情は存在しない。

以上のように解釈のアプローチの差異はあれども、特に安全保障条項を緊急避難の表象と見るのであれば、その例外的性質と濫用防止の観点から、いずれの判断も結論において妥当と評価できよう。

5.3.3 必要性

CMS、エンロン、センプラの各判決は米亜条約第 11 条の例外を一般国際法上の緊急避難と同一視しているため、必要性要件について個別に議論していない。ただし、措置と政策目的の関係性の観点でいえば、このような解釈は必要性要件の解釈に一般国際法の緊急避難における厳格な手段の唯一性を導入したものと理解できる。

他方、LG&E 判決は、一般国際法上の緊急避難に先んじて米亜条約第 11 条の適用か

²⁴⁰ Sempra ¶¶ 381, 385.

²⁴¹ Continental ¶ 187.

²⁴² LG&E ¶ 213.

²⁴³ 条約法条約第 31 条・第 32 条は多義的な解釈を許容するため、投資仲裁における解釈指針としての役割は限定的であり、実務的には各仲裁廷毎に解釈指針を定立することが少なくない。McLACHLAN ET AL., *supra* note 3, at 67-69.

²⁴⁴ Burke-White & von Staden, *supra* note 8, at 337-41. かかる理解によれば、米亜条約第 11 条も自己判断的な条項と理解される。Id. at 381-86.

²⁴⁵ 杉原高嶺『国際法学講義』141-42 頁（2008）。

ら始めており、必要性要件については手段の唯一性の要請ではなく、対応の不可避免性と解釈し、手段については複数の選択肢の可能性を認める。その上で、アルゼンチンの政策選択が正当（legitimate）であるか、あるいは合理的（reasonable）であるかを評価している²⁴⁶。その意味においては、同判決はこの必要性要件を措置の合理性の要請と解釈していることが示唆される。ただし、仲裁廷はアルゼンチン政府が緊急法の制定において外国投資家の利益を斟酌したことに触れており²⁴⁷、正当性・合理性の判断において手段選択における投資家の負担が勘案されるべき要素になるとすれば、後述のコンチネンタル判決の解釈との差異は相対化される。

そのコンチネンタル判決は、必要性について最も詳細に論じた判決である。WTO 上級委員を務めるサチェルドティ（Georgio Sacerdoti、伊／ボッコーニ大学教授）が長を務める仲裁廷による同判決は、安全保障条項が GATT の一般的例外の「定型を反映している（reflect the formulation）」ので、上記のように GATT 第 20 条(b)、(d)ならびに GATS 第 14 条(a)の必要性要件の解釈、すなわち最小阻害性(least restrictiveness)テストに準じてこれを解するとしている。その意味において、唯一性要件を導入した CMS 判決ほかと、合理性基準を採用した LG&E 基準の中庸を行く形で、政策目標と手段の関係性を要求しているものと理解できる。

コンチネンタル判決における最小阻害性テストの具体的適用は WTO における検討の手順に比較的忠実である。ブラジル・再生タイヤ関連措置事件において、WTO 上級委員会は、まず「諸要素の衡量の過程」を行い、その上でより協定整合的・非通商阻害的な代替措置の合理的利用可能性を検討する二段階の手順を示した。また、双方の関係については、第 2 段階のテストは、第 1 段階で得られた必要性の認定に関する「予備的結論（preliminary conclusion）」を「確定する（be confirmed）」ものであると説示している²⁴⁸。コンチネンタル判決の審査の順序も概ねこれを踏襲し、従来の WTO パネル・上級委員会と同様のテストを導入している。

もっとも、その一方で、WTO における最小阻害性テストとの差異も認められる。例えば、代替手段としての国際交渉の位置付けについては、GATT1947 下の米国・キハダマグロ輸入制限事件パネルや、WTO 設立後でも、米国・ガソリン精製基準事件、および米国・エビ輸入制限事件における上級委員会の解釈と異なる点が注目される。これらの事案では、一方的規制の代替手段として国際交渉が尽くされていない点が例外

²⁴⁶ LG&E ¶¶ 240, 242.

²⁴⁷ *Id.* ¶ 240.

²⁴⁸ *Brazil—Retreaded Tyres Appellate Body Report*, *supra* note 102, ¶¶ 156, 178.

援用を妨げる結果となったが²⁴⁹、コンチネンタル事件仲裁廷は、国際交渉は結果を保証しない点で実質的に代替措置たり得ないと判断した²⁵⁰。むしろ上記の GATT・WTO における事案とは状況が異なるが²⁵¹、他国との協議による問題解決を代替的措置として相対的に低く評価している点は、例外的状況において、迅速な一方的措置の導入により高い自由度を認めたものと解釈できる。

また、債務再編に関する検討では、アルゼンチンが再編に際して取った手順が「合理的に必要である (reasonably necessary)」あるいは「妥当にして合理的である (appropriate reasonable)」と評価し、代替手段を明示して検討しておらず、合理性基準を導入しているようにも理解できる²⁵²。加えて、この点について唯一必要性を認めなかった 2004 年 12 月の LETE の再編については、時機を逸していることを理由に必要性を認めていない²⁵³。この導入時期の問題は、代替手段の有無とは無関係である。また、仲裁廷は先に危機の時期を 2001 年後半から 2002 年に限定している²⁵⁴、そもそも 2004 年の LETE 再編は審理の対象外であると判断すれば事足り、敢えてこれを必要性の文脈で論じた点は理解に苦しむ²⁵⁵。

最後に、コンチネンタル判決は、草案第 25 条と米亜条約第 11 条をそれぞれ別の例外規定であるとしながら、前者の寄与要件を後者の必要性要件に読み込んでいる。5.2.7 で触れたとおり受入国の正当な政策の帰結が危機に寄与した場合は責任を問わないとする一方、それ以外で援用国が危機に寄与する場合、他の施策が取り得た以上、かかる危機に対応する措置は「必要」たり得ないと述べている²⁵⁶。

²⁴⁹ Appellate Body Report, *United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, ¶¶ 166-172, WT/DS58/AB/R (Oct. 12, 1998); Appellate Body Report, *United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R (Apr. 29, 1996), DSR 1996: I, 3, at 24-25; Report of the Panel, *United States—Restrictions on Imports of Tuna*, DS21/R (Sept. 3, 1991), GATT B.I.S.D. (39th Supp.) (1992), ¶ 5.28. WTO 下の 2 件の判断は、GATT 第 20 条柱書の文脈において代替手段としての国際交渉について言及したものであることに留意すべきである。しかしながら、これらの判断は、例外措置の差別的適用の回避のために、代替的手段として国際交渉を重視している証左であるため、ここに引用した。

²⁵⁰ Continental ¶ 204 (“[I]t can even be questioned whether consultations and negotiations can be considered as “measures” at all, due to their uncertain results.”)

²⁵¹ これらの GATT・WTO の事案においては、いずれも被申立国の米国は申立国に対して十分な協議の機会を与えずに一方的措置を導入した。対して本件では、アルゼンチンは問題の措置の導入に至る以前に、IMF、債権国、および投資家と危機回避を目的とした協議を累次開催している。その意味で、本件仲裁は協議義務が尽くされたと判断したとも理解できる。

²⁵² Continental ¶¶ 217, 219.

²⁵³ *Id.* ¶ 221.

²⁵⁴ *Id.* ¶ 179.

²⁵⁵ ただし仲裁廷は、再編後の新債権の減価が一方的にアルゼンチンによって定められていること、ならびに仲裁廷への紛争付託を含む権利放棄が条件となっていることも併せて指摘しており、アルゼンチンのスワップの条件が過度に制限的であった（すなわちこれらの過剰な条件を付さずにスワップを申し入れるという代替手段があった）と説示しているようにも理解できる。 *Id.* ¶ 221.

²⁵⁶ *Id.* ¶ 234.

5.3.4 審査基準

条約当事国の政策判断に対する事後的な司法審査のあり方について、LG&E 判決とそれ以外の判決では、微妙な差異が見られた。

まず、CMS 判決は、安全保障条項の要件充足について判断するのは国際法廷であり、その審査は緊急措置の導入が誠実に (in good faith) 行われたか否かを判断する誠実性の審査 (good faith review) にとどまらず、要件充足および違法性阻却の可否を審査する「実質的審査 (substantive review)」であるとする。エンロン・センプラ両判決の説示も同旨であるが、両仲裁廷は自らの責務を法規範の実効性担保であるとしつつも、国際法廷の審査が主権国家の機能の代替であってはならない、と一定の枠をはめている。このことは、白地で事後的に国際法廷が当事国の判断を置き換えること (つまり「新規の審査 (de novo review)」) を差し控えたものと理解できる²⁵⁷。

CMS 判決ほか 3 判決と類似の議論は、WTO 紛争解決手続におけるパネル・上級委員会による当局の政策決定の事後的審査について、既に多くの事案で展開されてきた。WTO における審査基準は完全な謙抑 (total deference) でもなく、また新規の審査でもないとされる²⁵⁸。特にパネルは、ダンピング防止税賦課決定のように加盟国当局の第一次的決定を審査する場合、パネルの機能は「事実を第一次的に検討する者よりも、むしろ当局の行為を審査する者 (reviewer of agency action, rather than as initial trier of fact)」であると規定される²⁵⁹。少なくとも CMS 判決ほかの 3 判決の説示は、誠実審査の拒否により完全な謙抑は当然否定し、他方で主権国家機能を代替する判断は差し控えるとなれば新規の審査も行われることはないので、WTO パネル・上級委員会の認識に近いものと理解できる。

これに対して LG&E 仲裁廷は、自身が実施する審査は「実体的分析 (substantive analysis)」であるとしながら、これを誠実性の審査と「大差はない (not significantly differ from ...)」ものであると述べている²⁶⁰。同判決は必ずしも明言していないが、この説示により実質的審査は誠実性の審査に引きつけられ、当事国による安全保障条項の解釈・実施に、欧州人権裁判所による条約の国内実施の評価基準である「評価の余

²⁵⁷ それぞれ CMS ¶ 374、Enron ¶ 340、および Sempra ¶¶ 388-389。

²⁵⁸ Appellate Body Report, *EC—Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, ¶ 117, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (Jan. 16, 1998).

²⁵⁹ Appellate Body Report, *United States—Countervailing Duty Investigation on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMs) from Korea*, ¶ 188, WT/DS296/AB/R (June 27, 2005).

²⁶⁰ LG&E ¶ 214.

地 (margin of appreciation)」に類似した広い裁量を認めたと評価される²⁶¹。かかる評価は、前述の LG&E 判決要旨、特に手段の必要性の認定において当局に広い手段選択の自由を認めている点に鑑みて妥当である。しかしながら、LG&E 判決が誠実性の審査を指向したとしても、その基準自体を明らかにしていない。誠実性の審査の基準は国際裁判における判例法上も十分に発展していないが、国際機関が定立した基準により、例外を濫用しない「誠実かつ公正な取扱い (honesty and fair dealing)」と例外援用の「合理的基礎 (rational basis)」を包摂するものであると説明される²⁶²。また、かかる説明は「誠実 (good faith)」の語義にも²⁶³適合する。特に安全保障条項の文脈では、投資協定を無意味なものとしないう、例外的措置が果たして安全保障目的で取られたか否かを審査することを意味するとされる²⁶⁴。

なお、「評価の余地」基準については、コンチネンタル判決は「相当の (significant) 評価の余地」が被申立国に与えられることを明言している。ただし、これは本件の事態が不可欠の利益・公序を脅かすものであるか否かの判断に関する文脈で論じられており、安全保障条項全体について適用できる審査基準であるか否かについては明確にしていない²⁶⁵。

5.3.5 賠償

LG&E 判決は、賠償義務の有無に関する判断を米亜条約第 11 条に従って行っている。同判決は子細な解釈論を展開しなかったが、米亜条約第 11 条は「国家の行為の違法性の阻却 (exclusion from wrongfulness of an act of the State)」(下線は筆者) の基礎となるので、賠償責任は免ぜられると述べ²⁶⁶、緊急避難の抗弁が有効である期間に生じた損害は投資家の負担とした。このことから、同判決は米亜条約第 11 条を、事前・事後であるかはさておき、違法性を阻却する条項であり、アルゼンチンの措置による形式的な同条約の義務違反は、同条に適合するかぎりそもそも違法性を帯びないと解している。安全保障条項は、平常時により高い水準の投資保護を保障する一方で、当事国の例外的状況への対応の自由を保障することで、交渉上の利益の均衡を図るものとして位置付けられ、LG&E 判決はかかる考え方に沿ったものといえる²⁶⁷。

²⁶¹ Burke-White, *supra* note 120, at 15.

²⁶² Burke-White & von Staden, *supra* note 8, at 379-80.

²⁶³ “[H]onesty in belief or purpose, faithfulness to one’s duty or obligation, absence of intent to defraud or to seek unconscionable advantage.” BLACK’S LAW DICTIONARY 713 (8th ed. 2004).

²⁶⁴ Abba Kolo & Thomas Wälde, *Capital Transfer Restrictions under Modern Investment Treaties*, in STANDARDS OF INVESTMENT PROTECTION 205, 224-26 (August Reinisch ed., 2008).

²⁶⁵ Continental ¶ 181.

²⁶⁶ LG&E ¶ 261.

²⁶⁷ Burke-White & von Staden, *supra* note 8, at 314, 386-89, 399.

更に、CMS 取消判決は米亜条約第 11 条を実体的義務の範囲について規定した一次的規範であると位置付けた。その結果として、同判決では、同条に該当する措置はそもそも米亜条約の義務の適用範囲から除かれることになった。

他方、米亜条約第 11 条の文言は安全保障上の措置が許容される要件のみを明確化し、賠償については何ら規定していない。このことから、草案第 27 条(b)の原則を排除しないと解釈すべきであり、事実、過去の国際判例でも違法行為による緊急事態への対応の権利と賠償の義務は区別されてきたこと、また LG&E 判決の損害負担配分は商事仲裁では一般的であるが上記の ILC 注釈と整合的でないことが指摘される²⁶⁸。更に、CMS 以下 3 件の判決も、緊急避難の援用を認めなかったのでムートな議論であるが、米亜条約第 11 条を含めて例外援用時の賠償は草案第 27 条(b)の原則に従うものと理解している²⁶⁹。

6. 投資協定における経済的セーフガードに関する予備的考察

6.1 アルゼンチン仲裁諸判決の経済的セーフガードの必要性に対する示唆

以上のように本件においては、アルゼンチンは自国の危機的状況に鑑みてその投資協定上の義務を免除・軽減することを試み、CMS ほか 4 件ではこれに失敗した。本件に関連する各投資協定には経済的緊急事態を理由として条約上の約束撤回を許す例外条項が含まれていなかったことから、アルゼンチンは不可避免的に草案第 25 条および安全保障条項にその機能を期待せざるを得なかった。しかし 5 の議論は、これらの例外が経済的セーフガードとして明らかに適していないことを示す。

まず、草案第 25 条や安全保障条項は本来政治的・軍事的な重大事態や災害等に対応するための厳格な例外条項であり、危機的事態としての程度も性質も異なる経済的困難への対応には甚だ不向きである。歴史的に見ると、緊急避難は国家がその自己保存にかかわる事態へ対処する場合、かかる行為の違法性を阻却する法理として出発したものである。5.2.3 に述べたようにこうした性質は変容しつつあるものの、CMS ほか本稿で取り上げた各仲裁判決はこの例外的性質を強調し、それゆえ極めて厳格に各要件を解釈した。このため、経済問題は一般に国の存亡に関わる水準に達することが極

²⁶⁸ Reinisch, *supra* note 30, at 206-08; Schill, *supra* note 125, at 281-84.

²⁶⁹ もっともこれらの判決では、米亜条約第 11 条は草案第 25 条の緊急避難の法理と同一視されている以上、前者に関する賠償原則も草案第 27 条に支配されると説示することは、当然の帰結となることに留意しなければならない。

めて稀であることに鑑みれば、かかる問題に緊急避難を適用することはほぼ不可能となる²⁷⁰。また、安全保障条項についても、これを一般国際法上の緊急避難と同一視するのであれば、その位置付け・解釈にも緊急避難と同様のことが言える。

次に、緊急避難の実体的要件は甚だ不明確である。緊急避難および安全保障条項がカバーする利益が非常に広範に及ぶことはそれぞれ 5.2.3 および 5.3.1 に説明したが、このような広い「不可欠の（安全保障上の）利益」の保護に対応できるように、草案第 25 条および米亜条約第 11 条の要件は極めて一般的に規定されている。そのため、個別の事案で問題となる危機と利益の種別によって、その意味内容は相当に変わりうる。このため例えば山本草二は、緊急避難は要件充足の認定が主観に流れ、国際判例上も十分確定した原則が認められないと指摘し²⁷¹、また、ブラウンリー (Ian Brownlie) も、包括的な緊急避難はおそらく存在しないと述べているが²⁷²、これら泰斗の寸評は、判例の推移の丹念な探求によっても十分に裏付けられている²⁷³。本稿に見た仲裁判決もまた、こうした多目的型の包括的例外は経済的困難と関連した投資受入国の措置が適法と認められるために充たすべき要件を明らかにしておらず、経済的セーフガードとして機能しにくいことを如実に物語っている。

しかしながら他方で、アルゼンチンの危機的状況が政策的に全く救済に値しなかったと評価すべきか否かは、LG&E を除く各仲裁廷が本件事態は緊急避難の援用を許す水準の危機ではなかったと判断した事実とは、区別されるべき問題である。5.2.7 に述べたようにアルゼンチンの政策選択が事態を悪化させた誹りは免れないにせよ、本件での社会経済的騒乱が極めて重大であったことは、緊急避難の援用を否定した CMS、エンロン、センプラの各判決さえも一致して認めている²⁷⁴。その意味では、経済的事実の評価として、アルゼンチンの責任を軽減する十分な理由が存在していたと認める余地はあろう。しかるに、本件に関係する諸条約には妥当な要件を提示して金融・財政上の混乱收拾のための措置を法的に評価できるような規定が備わっておらず、アルゼンチンは歴史的にその援用がほぼ認められることが皆無である緊急避難に依存するよりほかなかった。仮にアルゼンチンに対して経済的理由による適切なセーフガードを発動する可能性が条約上与えられていたとすれば、本件の帰結が異なっていた可能性は否定できない。

長期的視点から言えば、この状態を看過することは、国際投資法の健全な発展にと

²⁷⁰ Bjorklund, *supra* note 18, at 506-07.

²⁷¹ 山本草二『国際法（新版）』643 頁（1994）。

²⁷² IAN BROWNIE, *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 466 (7th ed. 2008).

²⁷³ 山田「緊急避難」前掲注(18)224-25 頁。

²⁷⁴ *Sempra* ¶ 348; *Enron* ¶ 306; *CMS* ¶ 320.

って望ましくない。仮に、極論すれば国の存亡がかからないかぎり一度行った投資の保護・自由化の約束を撤回できないとすれば、受入国の立場からすれば投資協定の締結には極めて高いコストを伴うことになる。危機的事態が発生した場合、その対応のために投資協定違反を犯し、多額の訴訟費用と賠償に甘んじる以外の選択肢がないとすれば、各国、特に国際合意による投資保護が投資家にとってより大きな意義を有する途上国・新興経済国は、今後の投資協定の締結に躊躇するか、少なくとも投資家対国家仲裁の導入を含む高水準の投資保護・自由化への約束を控えるであろう。例えば、今回のアルゼンチンのケースでは、1件あたりおよそ100～200万米ドルの仲裁費用がかかり、加えて全ての事件に敗訴して賠償を支払うとなれば、単年度国家予算を超える170億米ドルの負担になる。このことからアルゼンチンでは、検察当局が将来のICSID型仲裁に対するコミットに反対し、カルボ条項の再導入の論陣を張っている²⁷⁵。更にアルゼンチンの経験は米州自由貿易地域（Free Trade Area of Americas — FTAA）の文脈でラテンアメリカの途上国に一般化され、そもそも外資呼び込みの「必要悪」であった投資協定および投資仲裁には、これ以上コミットすべきではないとの見解も示されている²⁷⁶。

特に途上国・新興経済国では、こうした金融・財政・通貨にかかわる危機的状況の発生は稀なことではない。本件で論じたアルゼンチンの事態へと連なるアジア、ロシア、ブラジル等の90年代の一連の通貨危機はもちろんのこと、我が国企業現地法人が関与したサルカ事件²⁷⁷に見られるチェコのケースも同様であった。更に、昨今の米国サブプライム問題に単を発する世界的な金融危機は記憶に新しい。特にこれまで金融大国として高い国民一人あたりGDPを享受してきたアイスランドにおいては、サブプライムローンの焦付きで弱体化した主要銀行は国有化され、海外資産の逃避が止まることなく、通貨クローナは急速に下落した。このため、遂に同国は工業国としては初めてIMFへの支援要請を行った。この危機は、遂にアイスランドの主要銀行による海外からのネット預金凍結およびそれに伴う対英関係の悪化、サムライ債のデフォルトと、投資財産を損なう事態に発展している²⁷⁸。こうした状況はパキスタン、ウクライナ、ハンガリー等、海外投資誘致を積極的に進め、開放路線を取った他の国々にも

²⁷⁵ Shan, *supra* note 63, at 285.

²⁷⁶ Victor R. Salgado, *The Case Against Adopting BIT Law in the FTAA Framework*, 2006 WIS. L. REV. 1025.

²⁷⁷ 本件の概要につき、小寺彰・松本加代「投資協定の新局面と日本 — 第2回・サルカ事件 —」『国際商事法務』第34巻1141頁以下所収（2006）を参照。

²⁷⁸ 「サムライ債不履行状態—アイスランド最大手銀」『日本経済新聞』2008年10月28日朝刊第4面、「アイスランド—『金融立国』夢破れる（グローバル金融危機—苦悩の新興・中小国）」『日本経済新聞』2008年10月23日朝刊第9面。

共通して発生し、これらの国々は IMF の緊急融資の可能性を模索し始めている²⁷⁹。

このような投資受入国のジレンマは、適正な条件の下に一定の経済的困難時において条約上の義務が免除・緩和されるセーフガード条項が設けられなければ解消しない。通商協定の文脈において、セーフガードの利点は、現在の通商自由化による将来の影響が不確実であるときに、輸入国にとって自由貿易維持の政治的コストが過重になる将来のある時点で一時的に譲許を撤回できる方途を残しておくことにより、よりいっその通商自由化に輸入国が躊躇なくコミットできることにある²⁸⁰。同様に投資協定においても、経済的緊急事態において可能な政策オプションとコストが事前にある程度明確であれば、受入国は投資協定による高水準の投資保護にコミットすることが可能となる。

他方で投資家にとっては、新たな例外の創設は、一見すれば保障される権利の後退となる。しかしながら投資家の立場からも、上記のようにセーフガードを設けないとすれば高い保護水準を規定する投資協定の締結が鈍化し、平時において本来得られた水準の投資保護を享受できない可能性を勘案しつつ、投資協定のメリットはより巨視的視点から評価されるべきである。また、緊急避難等の一般的例外条項の下では、受入国にとって危機対応の政策的裁量が明確でないのと同様に、投資家にとっても危機的状況で自己の有する権利と負うべきリスクが明確ではない。仮に経済的セーフガードが存在しないとしても、LG&E 判決は緊急避難の援用を認めており、CMS 取消判決もその可能性を強く示唆している。よって、こうした一般的例外が仲裁廷の判断次第で投資家に不利に作用する可能性も決して低くないが、その判断基準や解釈は先に見たとおり明確でない。このため、現状では経済的緊急事態の下での投資保護について投資家は予見可能性を欠くことになり、投資協定の存在にもかかわらず、特に経済基盤の不安定な受入国への投資に慎重にならざるを得ない。しかし、一定の経済的セーフガードが定められることで投資家の予見可能性が高まれば、緊急時の投資リスクをよりの確に勘案したうえで、当該受入国への投資に積極的にコミットできる。

このような投資家にとっての予見可能性の欠如は、特に途上国を想定した場合、翻って今度は受入国の利益を更に損なう。ポストコロニアルの途上国を席卷した新国際経済秩序（New International Economic Order — NIEO）による国有化経済、輸入代替型の経済成長戦略が行き詰まりを見せ、1980 年代以降、途上国はワシントンコンセンサスに基づく市場主導の経済体制への移行によって、輸出促進型の経済発展を指向

²⁷⁹ 「欧州・アジアの新興・中小国—止まらぬ資金流出」『日本経済新聞』2008 年 10 月 19 日朝刊第 4 面。

²⁸⁰ Alan O. Sykes, *Protectionism as a "Safeguard": A Positive Analysis of the GATT Escape Clause with Normative Speculation*, 58 U. CHI. L. REV. 255, 278-89 (1991).

し、また巨額の対外債務をファイナンスする必要があった。このため、途上国には法の支配によって透明性・安定性のある投資環境を保証することで外資を誘致するニーズがあり、1980年代以降の投資協定締結の隆盛はこれを反映したものである²⁸¹。かかる社会経済的背景の下では、経済的緊急事態下で許容される対応策が不確定であるために投資が促進されない、ないしは経済的緊急事態におけるコストが受入国・投資家の双方にとって不明であるがゆえに投資協定が締結できず、結果として投資を呼び込めないとすれば、受入国の開発上・資金上のニーズは充足できない。

更に、国際投資仲裁システム全体の正当性確保の観点からも、経済的セーフガードの挿入は望ましい。昨今隆盛を示す投資仲裁は投資協定上の義務を拡張する方向で不確定な概念を解釈・明確化してきたが、アルゼンチンの一連の事案でも、仲裁廷は草案 25 条および米亜条約第 11 条の解釈に同様の姿勢で臨んだ結果、少なくともアルゼンチンの認識では、受入国は仲裁廷の主観的評価により緊急事態の対応に禁止的なコストを課せられることとなった。このことにより、アルゼンチンは ICSID 仲裁の正当性に対して深刻な疑問を呈することになる²⁸²。6.3 に述べるように、完全に具体的な例外条項を策定することはもとより不可能である。しかしながら、本件で問題となった草案第 25 条や米亜条約第 11 条のように解釈の帰結が予測できない極めて抽象的な要件のみを定める例外を規定し、その明確化を全て仲裁廷に委ねることは、結局のところ両当事者に不満の残る司法創造を仲裁廷に余儀なくし、投資仲裁制度それ自体の正当性を損なう²⁸³。

こうした正当性の低下は、投資仲裁制度の持続可能性を蝕む懸念を生じさせる。果たして 2007 年 5 月にボリビアは ICSID 制度脱退を世銀に通告し²⁸⁴、続いてエクアドル、ベネズエラも世銀脱退や BIT における ICSID 仲裁の管轄制約を模索するなど、既に懸念は顕在化しつつある。また、最近の投資協定やモデル BIT の一部では、立法的

²⁸¹ LOWENFELD, *supra* note 46, at 126-27; Jeswald W. Salacuse, *The Treatification of International Investment Law*, 13 LAW & BUS. REV. AM. 155, 158-61 (2007); Srur, *supra* note 2, at 62-63; Vandevelde, *supra* note 2, at 177-79; Jason Webb Yackee, *Are BITs Such a Bright Idea?: Exploring Ideational Basis of Investment Treaty Enthusiasm*, 12 U. C. DAVIS J. INT'L L. & POL'Y 195, 201-16 (2005).

²⁸² Burke-White, *supra* note 120, at 24-25; Yackee, *supra* note 281, at 221-23. こうした意識は具体的に注(61)～(63)および本文対応部分に触れたアルゼンチン政府の対応に表われている。

²⁸³ CMS 判決以下は、当事国が取った高水準の投資保護と緊急時の行動のバランスを事後的に投資仲裁が無効にすることで、投資家対国家の仲裁制度導入に対する萎縮効果を誘発することが懸念される。Burke-White, *supra* note 120, at 17, 25.

²⁸⁴ *Treaty Developments Related to Bolivia, Ecuador and Venezuela*, INT'L DISPUTES Q. (White & Case LLP, New York, NY), Fall 2007, at 6; ICSID News Release, Bolivia Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention, May 16, 2007, available at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Announcement3>.

に投資家の権利と受入国の政策的裁量のバランスを維持し、むしろ仲裁廷の行き過ぎた投資家保護に一定の枠をはめている²⁸⁵。

6.2 経済的セーフガードの現状

今世紀に入り、従来の投資保護中心の BIT に代わり、投資自由化義務を含むいわゆる新世代 BIT の締結が増加すると、それに伴い従来受入国が資本流入の水際で有していた規制権限はいつそう制約を受けるようになった。OECD の研究によれば、新世代 BIT では、とりわけ労働法・環境基準の遵守を中心とした投資自由化・保護と競合する政策目標達成のための受入国の裁量を必要に応じて留保する例外規定の整備が進んでいるが²⁸⁶、この一環として、安全保障や公序維持の例外とは別個に経済的セーフガードを備える協定が増えつつある。

具体例を挙げると、まず米モデル BIT 第 20 条は、金融サービスについて、当該協定のいかなる規定も「金融制度の健全性および安定性を確保すること (to ensure the integrity and stability of the financial system)」を含む「信用秩序維持を理由として (for prudential reasons)」措置を講じることを妨げない旨を規定している。カナダ・モデル投資協定（以下「加モデル BIT」）²⁸⁷第 10 条では、米モデル BIT のような当事国の金融制度だけでなく、金融機関の健全性や安定性等の維持（同第 2 項）、更に公的機関による無差別適用であれば、為替、通貨、信用に関する当事国の政策上の措置も全ての協定上の規定に対して例外とされる。

特に信用秩序維持例外については別途 UNCTAD も類型のサーベイを行っているが、従来カナダおよびカリブ諸国の一部の BIT に限定されていたこの種の例外は、近年日本や米国等の BIT にも取り入れられている。これらは条文の書き振りが非常に類似していることが指摘されており、投資家・預金者等の顧客保護、金融機関の安定性・健全性確保、および金融システム全体の統一性・安定性に関する措置をその範囲に含む²⁸⁸。UNCTAD 報告は例として日本・ベトナム投資協定（以下「日越協定」）²⁸⁹第 17 条に言及しているが、同条の対象措置も基本的にこの UNCTAD の分類の範囲内にある。

²⁸⁵ McLACHLAN ET AL., *supra* note 3, at 21-23.

²⁸⁶ OECD, INTERNATIONAL INVESTMENT PERSPECTIVES 167 (2006 ed.).

²⁸⁷ Canada 2004 Model Bilateral Investment Treaty, *available at* <http://ita.law.uvic.ca/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>.

²⁸⁸ UNCTAD, *supra* note 5, at 90-91.

²⁸⁹ 「投資の自由化、促進及び保護に関する日本国とベトナム社会主義共和国との間の協定」平成 16 年 11 月 25 日公布および告示（条約第 15 号および外務省告示第 761 号）、平成 16 年 12 月 19 日効力発生。

OECD 報告は我が国の日本・韓国投資協定（以下「日韓協定」）²⁹⁰第 6 条（知的財産権保護例外）、第 16 条（安全保障条項）、および第 19 条（税制例外）にも言及しているが²⁹¹、経済的セーフガードは別途第 5 条第 7 項にある。同項は「資金上、経済上または産業上の例外的な状況」において、当事国は「いかなる例外措置」を取ることもできると規定する。しかし他方で、その範囲を附属書 II 掲載の分野・事項に限定し、更に同第 4 条第 1 項の例外措置の定義によれば、停止できる義務は内国民待遇・最恵国待遇（第 2 条）、役員の国籍要求（第 8 条第 3 項）、およびパフォーマンス要求（第 9 条）に限定され、公正衡平待遇原則および収用に関する義務（第 10 条）はその対象とならない。ただし、手続は米、加のモデル BIT に比して充実しており、例外援用に際しての事前通報、情報提供、および協議につき、それぞれの義務が規定されている。また、個別的な経済的セーフガードとして、同協定第 17 条によれば、国際収支・対外支払いに対する重大な困難またはそのおそれ、および資金移転による経済全般の運営（特に通貨・外為政策）の重大な困難またはそのおそれがあるときには、資本移動の自由に関する義務のみを停止できる。更に、同協定第 18 条は上記の日越協定第 17 条とほぼ同一の信用秩序維持規定であり、全ての協定上の義務に対する例外として規定されている。

他方、多国間協定では、例えば早くも 1961 年の時点で、OECD 資本移動自由化コード²⁹²および経常貿易外取引自由化コード²⁹³（併せて「OECD 自由化規約」）が、それぞれの安全保障条項（第 3 条）の適用範囲を狭義の安全保障と公德、公衆衛生等に限定し、経済的セーフガードと区別していた。両協定の第 7 条 a によれば、まず「経済および財政金融の状態に照らして正当と認められる（its economic and financial situation justifies such a course）」場合、協定上義務づけられる資本移動自由化措置を全て取る必要はない。更に、既に実施されている自由化も、「重大な経済上および財政金融上の混乱（serious economic and financial disturbance）」を生ぜしめる場合には撤回できる（同 b）。そして「自国の総合国際収支が、危険と認める速度および状況（通貨準備の状況を含む。）において悪化する（overall balance of payments of a Member develops adversely at a rate and in circumstances, including the state of its

²⁹⁰ 「投資の自由化、促進及び保護に関する日本国政府と大韓民国政府との間の協定」平成 14 年 12 月 12 日公布および告示（条約第 17 号および外務省告示第 430 号）、平成 15 年 1 月 1 日効力発生。

²⁹¹ OECD, *supra* note 286, at 166-68.

²⁹² 「経済協力開発機構の資本移動の自由化に関する規約」昭和 41 年 8 月 25 日公布（外務省告示第 152 号）、昭和 42 年 12 月 15 日効力発生、昭和 43 年 8 月 24 日改正（外務省告示第 210 号）。

²⁹³ 「日本国政府による経済協力開発機構の加盟国の義務の受諾に関する同機構と日本国政府との間の了解覚書及び経常的貿易外取引の自由化に関する規約」昭和 39 年 4 月 28 日公布（外務省告示第 56 号）、昭和 39 年 3 月 3 日・4 月 28 日・7 月 28 日効力発生、改正（昭和 40 年 1 月 14 日外務省告示第 13 号）

monetary reserves, which it considers serious)」際には、自由化の適用を一時停止できる（同 c）。両協定の第 13 条によれば、この例外の援用は理由と共に OECD に通報されて検討され、OECD がその許可・不許可の決定権を有する（同 a、b、f(i)）。また、事後的な第三国の申立や事情変更によって再検討される（同 c、d、e）。

この枠組みは同様に OECD において起草された MAI においても継承されている。

「不可欠の安全保障上の利益（essential security interests）」に関する同最終草案（以下「MAI 草案」）第 VI 章「一般的例外」パラ 2²⁹⁴は、武力紛争や武器拡散等の狭義の安全保障にかかる措置のみを対象とする。これに対して同第 VI 章「一時的緊急措置（temporary safeguard）」²⁹⁵は、経済的セーフガードとして資金移転と越境的資金取引に関する内国民待遇の例外を子細に規定する。締約国は、「深刻な国際収支上または対外金融上の困難（serious balance-of-payments and external financial difficulties）」、または、例外的状況において資金移転が「マクロ経済上の管理、特に通貨および為替レート政策に対する深刻な困難（serious difficulties for macroeconomic management, in particular monetary and exchange rate policies）」を引き起こすことを理由として、協定不整合な措置を取ることが可能となる（同第 1 項）。この際、措置を取る締約国は、当該措置について、IMF 規律への適合性、時限性の確保、および例外的状況への対応に必要な限度を超えないことを求められる（同第 2 項）。また、かかる措置は MAI 締約国団ないしは IMF による事後的な多国間監視に服し、他の締約国の申立があれば紛争解決手続に付託される（同第 3 項～第 5 項）。なお、MAI 草案はこのほかに金融サービスについては信用秩序維持例外を規定している（同第 VII 章）²⁹⁶。

6.3 制度設計に関する予備的考察と提言

6.3.1 制度設計の一般的方向性

最後に、一連のアルゼンチン経済危機関連の投資仲裁で示された草案第 25 条および安全保障条項の経済的セーフガードとしての限界を踏まえ、今後の投資協定におけるセーフガードの制度設計はいかにあるべきかを論じ、本稿の結論に代えたい。

最初に制度設計の一般的方向性を議論しておきたい。まず、前節に説明したように、既に経済的セーフガード規定は少ないながらも投資協定に徐々に定着しつつあるが、出発点として、本稿で取り上げたアルゼンチンのような不測の事態に備える包括的な

²⁹⁴ The Multilateral Agreement on Investment: MAI Negotiating Text (as of April 24, 1998) 77, available at <http://ita.law.uvic.ca/documents/MAIDraftText.pdf>.

²⁹⁵ *Id.* at 79-80.

²⁹⁶ *Id.* at 81.

セーフガードとしては、いずれもなお不十分であると言わざるを得ない。上記に見た OECD や米加のモデル BIT の例は、いずれも例外によって免除される義務を投資自由化部分に限定するか、あるいは例外的に許容される措置を信用秩序維持措置あるいは国際収支・通貨準備に関するものに限定している。例えばアルゼンチンの例は国際収支・通貨準備に関する危機としての要素を備えているが、本件では主に資本移動自由化義務が問題になったのではなく、投資財産が通貨政策の激変で収益を生まなくなった点が問題になっており、投資保護義務が免除されなくては経済的セーフガードとして意味をなさない。この点、加モデル BIT 第 10 条は、為替・通貨上の公的機関の措置を、投資保護を含む全ての協定上の義務の例外とできることから、アルゼンチンのような措置を救済できる。他方、MAI 草案の時限的緊急措置は、通貨・為替レート政策の困難をもっぱら国際資本移動の例外に限定していることから、アルゼンチンのような事例には対応できない。

また、アルゼンチンの事態はたまたま現行諸協定の経済的セーフガードにおける一般的な通貨・為替危機に該当するものであったが、経済的困難の類型はこれに限定されるわけではない。この点、OECD 自由化規約や日韓協定第 5 条第 7 項は一般的な広い経済・財政金融の例外的状況に対応できるが、他方で免除される義務が非常に限定されていた。

これらの現行規定の限界を踏まえれば、予測不能な経済的困難に包括的に対応するような経済的セーフガードは、例外的状況と例外によって免ぜられる協定上の義務が過度に限定的に規定されないように制度設計されなくてはならない。

次に、資本ストックである投資保護について例外を設ける場合、投資財産の実質的な滅失・減価をもたらす措置であれば、投資家のサンクコストは甚大である²⁹⁷。この点は、通商や投資自由化、すなわち物品や資金のフローに関する一時的規制と、質的に大きく異なる。よって、セーフガードの制度設計にあたっては、発動要件を明確・厳密に規定し、加えて事後に客観的な説明に堪えうる措置を当事国に要求することで、濫用を防止する必要性がいっそう高い。また、緊急時のリスク対応にかかる規制主権を過度に制約することのないよう制度構築を行う一方で、その負担を私人たる投資家に過度に負わせることのないように留意しつつ、救済を考案する必要がある。

第三に、6.1 に手短かに述べたように、セーフガードの基本的な機能は通商協定におけるそれと同一であり、上記に検討した仲裁廷の議論においても、経済協定における例外として WTO における例外規定（主に輸入救済法と一般的例外）の解釈・適用をめぐ

²⁹⁷ 理論的には、通商の場合は輸出先の転換によって、特定輸出市場への参入阻害による損失を回避できる。

る議論との共通点は少なくなかった。このことに鑑み、WTO 協定における経験のアナロジーも踏まえて議論することは有用であろう。

6.3.2 法的性質と形態

主に 2、4、ならびに 5.1 の議論から明らかなように、例外の法的性質については、緊急事態下の対応措置をそもそも条約上の義務からの適用除外とするもの、および緊急事態への対応措置が一次的規範である条約義務に違反することを認定した後、事後に改めて一定の条件の下でその責任を赦免するものに分かれる。2 の議論とも関連するが、それぞれの類型は「無違反化 (exculpation)」ないしは「正当化 (justification)」、および「免責 (excuse)」と分類されている²⁹⁸。CMS 取消判決やコンチネンタル判決に現れるように、米亜条約第 11 条に体现される無違反化は一次的規範であり、他方で草案 25 条の緊急避難はクロフォードの所論にも表れるように二次的規範たる免責である。

この法的性質の違いは、裁判における立証責任に影響を及ぼす。すなわち、無違反化の下では適用除外条項該当性の有無がそもそも実体的義務違反立証の前提となるため、申立人の責任になるのに対し、免責は問題の行為の違反が確定した後に積極的抗弁として機能するので、例外該当性の主張・立証は被申立国の責任となる。この立証責任配分は、投資協定の本質に照らして妥当なものである。すなわち、投資協定とは、資本移動および資本ストックの規律に関する受入国の政策的裁量の制約と、より多額の外国資本の呼び込みのドレードオフである。この前提に立てば、もっぱら経済的事実によって条約上のコミットメントを撤回する正当性の主張・立証は、純然たる安全保障や環境保護など非経済的政策目標に関する例外の場合とは異なり、受入国に負わせることが妥当である。したがって、以上の検討からひとまずは、経済的セーフガードは免責として起草されることが妥当であると言える。

しかしながら、上記の予備的議論は立証責任と例外の性質をアプリオリに結びつけているが、両者を切り離しつつ、更にふたつの形態の免責を想定できる。すなわち、上記で想定している免責は GATT 第 20 条のように事後的に援用される積極的抗弁であり、被申立国たる受入国に例外適合性の立証責任があるが、GATT 第 19 条型のように事前に受入国が援用し、具体的紛争で申立人に例外不適合性の立証責任が生じるタイプの例外も、法的性質としては免責に該当する。6.2 で見た現行の投資協定の経済的例

²⁹⁸ 例外規定の分類と定義は、Lowe, *supra* note 24, at 406-07 を参照。2 で言及した「正当化」の分類は、クロフォードによればロウ (Vaughan Lowe) による「無違反化」の分類と同一であると理解できる。Crawford, *supra* note 26, at 443-44.

外条項では、日韓協定第 5 条あるいは MAI 草案第 VI 章「一時的緊急措置」が事前援用の輸入救済法型であり、他方で加モデル BIT 第 10 条は事後援用の GATT 第 20 条類似の一般的例外型と言える²⁹⁹。

どちらを選択すべきかは、単純に仲裁における立証責任の観点から言えば一般的例外型が望ましいことになるが、他の考慮要因に鑑みて前者のメリットも十分に勘案する必要がある。その理由として、まず、輸入救済法型は緊急措置に関する当局の事実認定・関連法令の解釈等に関する判断とその通報を事前に求めるため、対外的な透明性を高めることになる。また、国際仲裁廷が受入国当局に代わって経済危機対応の判断を白地で行う能力を有していないことから、その審査基準は謙抑的（deferral）であるべきことが上記のアルゼンチン関連仲裁判断や学説において勧奨されていることは、既に 5.3.4 に述べた。輸入救済法型では、後述のように審査はあくまでも当局の一次的な判断の合理性・公平性に限定されるので、規制主権の妥当な尊重の視点からも望ましい。

6.3.3 例外の範囲とその明確化

本稿 5 の検討は、例外規定の過度な一般性が、当該規定を経済的困難に適用する際に不都合を生じさせることを示唆している。特に草案第 25 条や BIT 上の安全保障条項の適用範囲は広すぎ、公衆衛生や武力紛争等の極めて政治的・社会的な関心事項と経済的例外を同一の要件の下に包摂することは、困難である。したがって、経済的困難という対象事項の性質に適した固有の例外条項の起草が求められるが、まず経済的困難の定義・類型、およびそれに対応して与えられる救済を明確にしなければならない。

この点につき 6.2 で触れた範囲の投資協定を参照すると、第一に経済的困難を個別類型化するか、第二に免除される義務を困難の性質に対応して限定するかの 2 点が、それぞれ協定毎に、また同一協定内でも条文毎に異なっている。例えば 6.2 で触れた日韓協定を参照すると、国際収支・資金移転例外（第 17 条）では経済的困難の種類も特定され、逸脱できる義務の範囲も限定されていたが、他方、信用秩序維持例外（第 18 条）では経済的困難の種類は特定されているが、逸脱可能な義務の範囲に制約はなかった。更に経済・資金・産業に関する困難に関する例外（第 5 条第 7 項）では、経済的困難の種類は極めて一般的に規定されているが、停止できる義務は附属書や例外の定義によって限定されていた。

²⁹⁹ なお、ここで引用した GATT の例は、あくまでも援用の形態と立証責任の例示であり、これらの法的性格を正当化／無違反化と位置付けるか、免責と位置付けるかについては、本稿の議論は予断しない。

特に経済的困難を個別類型化する場合は、どのような例外的状況を対象とするかが問題になるが、6.3.1 に述べたように、現行の投資協定における具体的規律は大別して国際収支・対外支払いの困難および信用秩序の混乱・崩壊の 2 種類に限定される。経済的困難はこれらに限られず非常に多様であり、困難の種類によって対応する措置、影響を受ける投資協定上の義務および投資財産の種類も異なる。したがって、実効的な救済と濫用防止のバランスを図れば、経済的困難の類型をできるだけ具体的に個別に明示し、その防止・救済に必要な義務のみを特定して停止を認める例外のバリエーションをできる限り増やす必要がある。

しかしながら、他方で経済的困難の類型を遺漏なく予知して具体的に列挙することは不可能である。また、経済的困難に対応して免除される義務の範囲も果たして限定的に規定することが望ましいとも限らない。先に述べたように、例えばアルゼンチンの状況は例外的状況としては為替・国際収支例外でカバーできるが、比較的多くの投資協定のように、投資自由化と資金移動に関する義務だけを免除する規定では対応できない。例外濫用防止と受入国・投資家の予見可能性の観点からは例外の個別化が望ましいが、他方で多様な経済的困難に柔軟に対応できない例外規定では、セーフガードとしての用をなさない。よって、実効的かつ具体的な例外規定の必要性を指向する本章の基本的指針とは相いれないが、一般的に経済的困難に対応することのみを明示した包括的な例外条項をセーフティーネットとして設ける必要性を、当面は認めざるを得ない。

この点について、先に見た日韓協定第 5 条第 7 項は一般的に「資金上、経済上または産業上の例外的状況」とのみ規定しており³⁰⁰、また OECD 自由化規約、加モデル BIT 等も同じくあらゆるマクロ経済および財政金融上の困難に対応可能な一般的な文言になっている。このような一般的な経済的困難に対応するために必要な措置を妨げないとのみ規定し、あらゆる措置を対象とできるように定め、他方で対応して免除される義務も特定する必要はない。免除される義務の範囲を限定せずとも、後に 6.3.5 に述べるように、危機救済に対する必要性要件によって問題の違反措置と経済的困難の関係性を問うことで濫用は防止できる。

他方で信用秩序維持例外のような例外の個別具体的な類型化の努力は今後も不断に継続されるべきであり³⁰¹、個別条項を準備する必要がある経済的困難の種類は、投資

³⁰⁰ 類似の規律は、日越協定第 6 条第 7 項にも見られる。

³⁰¹ しかしながら、信用秩序維持措置については実務・学説共に一定した定義がなく、その範囲を確定することは困難である。LAZAROS E. PANOURGIAS, BANKING REGULATION AND WORLD TRADE LAW: GATS, EU AND “PRUDENTIAL” INSTITUTION BUILDING 9-15 (2006). したがって、いっそうに具体的に対象措置を特定しないかぎり、一般的な経済的セーフガードから独立して信用秩序維持例外を規定す

協定の運用の経験が蓄積するに伴い、将来にわたり徐々に特定されていくであろう。例えば、カレンシー・ボード制が途上国で比較的広く採用されている事実に鑑みれば、今回のアルゼンチンの経験により、当該制度が受入国において投資環境の基礎をなす場合には、その改廃について何らかの条件を条約上定めておくことは有効であろう。

6.3.4 経済的困難の要件および事実評価の客観性の担保

危機の程度についての主観的な評価が本件判断を分けたことは先に述べたが、経済的困窮の評価にあたり、その指針が草案第 25 条および米亜条約第 11 条には全く存在しなかった。この点について、CMS、エンロン、センプラの各判決は、専門家による評価の乖離に言及し、綿密な検討を避けている³⁰²。しかしながら、経済環境の変化が例外援用の根拠であるにもかかわらずその評価に関して実質的な検討を怠ったことは、5.3.4 に述べた仲裁廷の審査基準としての実質的審査から導かれる仲裁廷の責務に鑑みて不適当である。

これに対して LG&E 判決は、外貨準備高、財政赤字の拡大、インフレ率、ペソの過大評価およびその国民経済への影響（特にガス料金の高騰）を、一応ながら検討した³⁰³。本件におけるこれらの要因・指標の検討は非常に簡便で、十分とは全く言いがたい。また、後日のコンチネンタル判決は、この点についてより一層詳細な検討を加えている。同判決は、アルゼンチン危機の進行を 90 年代初頭のメネム政権の経済改革から 2001 年末のデフォルト後数年の経済復興まで、主に IMF の資料を引用しながら丹念に説明し、この事実認識に基づいて、インフレ、失業率、貧困率、政治・社会不安などに言及しつつ、米亜条約第 11 条における「不可欠の安全保障上の利益」の重大性を認定している³⁰⁴。コンチネンタル判決の分析も個別指標の分析・評価には至っていないが、仮にこれらの指標をより詳細に検討していれば、危機の実態はいっそう客観的に説明可能となったであろう。

したがって、理想的には、WTO の輸入救済法協定の損害規定（セーフガード協定第 4 条第 2 項(a)、ダンピング防止協定 3.4 条、補助金・相殺関税協定 15.4 項）のように、個別産業、国民経済全体など経済的主体の疲弊度を認定するために検討すべき最低限の要因・指標を、予め条約上で具体的に定めることが望ましい。例えば日韓協定第 5 条第 7 項では、「資金上、経済上または産業上の例外的状況」の発生を説明する必要があるが、個別産業の状況を把握する指標であれば、上記の WTO 輸入救済関連協定の

る意義は、明確化の観点からは乏しいと言わざるを得ない。

³⁰² Sempra ¶ 347; Enron ¶ 305; CMS ¶ 320.

³⁰³ LG&E ¶¶ 231-237.

³⁰⁴ Continental ¶¶ 100-159, 179-180.

損害規定が手本となろう。また、アルゼンチンの例のようなよりマクロの国民経済全体の状況把握を要する場合は、常識的にはインフレ率、金利、株価の推移、GDP、財政赤字、失業率、所得水準などを参照することになる。

もっとも、発生が予想される経済的困難がある程度事前に明確になる輸入救済法と異なり、6.3.3 で述べたように、投資協定においては経済的困難の類型は不可知であり、予め全て特定しておくことはできない。よって、前述のように広い範囲の経済的困難に対応する一般的なセーフガードを定めることになるが、その場合はあらゆる状況に対応可能な検討要因・指標を予め列挙しておくことは困難である。この場合、条約上は、それぞれの事案において妥当な項目を検討することのみを、抽象的に当事国に義務づける方が現実的であろう。むしろセーフガード措置濫用防止の観点からは、WTOの輸入救済法関連協定のように列挙した要因・指標の検討を義務づけることは有効であるが³⁰⁵、輸入救済措置の調査でも実際には個別案件の事実ごとに関連する要因・指標に違いが生じる。すなわち、予め協定上規定された検討項目について個別調査において関連が認められない場合もあり³⁰⁶、また、逆に検討項目以外の要因・指標の検討が必要となることもある³⁰⁷。そのため、要因・指標を具体的に列挙できないことは、制度設計においてそれほど致命的ではない。

予め要因・指標が特定できないとすれば、その選択の妥当性は事後的に仲裁廷の審査によって担保される。このとき、例外条項は受入国にどの範囲で要因・指標を探索・検討する義務を負わせるかにつき限界を協定上定め、これが仲裁廷の審査基準となる。この点について、前述の輸入救済法の損害条項を参照すると、ダンピング防止協定、補助金・相殺関税協定では「関連を有するすべての経済的な要因および指標（all relevant economic factors and indices）」、またセーフガード協定では、「すべての要因（all relevant factors）」と広く規定している。他方、因果関係の文脈では、ダンピング防止協定 3.5 条および補助金・相殺関税協定 15.5 条は、国内産業に損害を与える輸入以外の原因については「知られている（known）」もののみ当局にその検討を義務づけている。ただし、判例上はいずれも調査当局自身が関連性を疑う要素を検討するこ

³⁰⁵ Appellate Body Report, *Thailand—Anti-Dumping Duties on Angles, Shapes and Sections of Iron or Non-Alloy Steel and H-Beams from Poland*, ¶¶ 123-125, WT/DS122/AB/R (Mar. 12, 2001); Appellate Body Report, *Argentina—Safeguard Measures on Imports of Footwear*, ¶¶ 132-139, WT/DS121/AB/R (Dec. 14, 1999).

³⁰⁶ 例えば以下の議論を参照。Panel Report, *European Communities—Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India*, ¶¶ 6.163-6.168, WT/DS141/R (Oct. 30, 2000). しかし本件では、当局が無関係と判断した要因について報告書中にその旨の記載を怠ったため、パネルは EC の調査はダンピング防止協定 3.4 条が列挙する要因の全てを検討する義務に適合しないと判断した。

³⁰⁷ セーフガード協定第 4 条第 2 項(a)、ダンピング防止協定 3.4 条、ならびに補助金・相殺関税協定 15.4 項の検討要因の列挙は全て例示的であり、その他の関連要因の考慮を排していない。

とを義務づけており、とりわけ事後的に第三者から見て検討すべきであったと判断される要素の検討を義務づけていない点で、両者に大差は見出せない³⁰⁸。

同様に投資協定の経済的セーフガードにおいても、基本的に受入国が問題の状況の評価において関連性を認識していた要因・指標に限定して仲裁廷がその検討の有無及び適否を評価することは、仲裁廷の審査基準に鑑みて妥当であろう。仮にこれより広く、申立人の主張ないしは仲裁廷の職権によって検討すべき要因・指標を「後知恵 (second-guess)」で追加し、それに基づき仲裁廷が事実の評価を行うならば、「新規の審査」を構成する。これは 5.3.4 に検討した従来の審査基準を大きく超えるものとなり、また国際仲裁には当事国の政策の事後的な評価の能力に限界があることに鑑みて、批判を免れない³⁰⁹。

ただし特定の要因・指標について「知られている」か否かをもっぱら受入国の主張に任せるとすれば、経済的危機の適正な認定を担保できない。この点は、日韓協定第 5 条第 7 項のように措置を導入する前に当事国間の通報・協議を義務づけることによって、濫用を手続的に規制することができる³¹⁰。現在でも例えば日韓協定第 5 条第 7 項は、同第 2 項に規定される要素の報告を義務づけているが、これを例外措置発動に関する事実および法に関する認定の詳細を報告させるべく改める。それを受けた協議では、投資母国が受入国に検討すべき要因・指標に欠落があればこれを提起し、その範囲で検討を怠っているものについては、これを受入国に責めを負わせるものとするのは一案であろう³¹¹。

他方で、個別案件ごとに関連が認められる要因・指標の受入国による検討により、経済的困難の客観的実証が担保される必要がある。例えば WTO における輸入救済措置の規律においては、加盟国調査当局による損害認定は「実証的な証拠 (positive evidence)」の「客観的検証 (an objective examination)」に基づくことを義務づけら

³⁰⁸ Appellate Body Report, *European Communities—Anti-Dumping Duties on Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings from Brazil*, ¶175, WT/DS219/AB/R (July 22, 2003) (“Article 3.5 requires that the factor at issue ... be ‘known’ to the investigating authority. ...”); Appellate Body Report, *United States—Definitive Safeguard Measures on Imports of Wheat Gluten from the European Communities*, ¶ 55, WT/DS166/AB/R (Dec. 22, 2000) (“If the competent authorities consider that a particular ‘other factor’ may be relevant to the situation of the domestic industry, under Article 4.2(a), their duties of investigation and evaluation preclude them from remaining passive. ...”).

³⁰⁹ Burke-White & von Staten, *supra* note 8, at 372.

³¹⁰ 多国間協定であれば、OECD 自由化規約の手続のように多国間機構が第三者的に客観的な審査を行うことが可能であるが、二国間条約の BIT には同様の制度はなじまないもので、ここでは日韓協定を参考にした協議形式を前提とする。

³¹¹ Bjorklund, *supra* note 18, at 509 は、同様に緊急避難についても緊急事態の発生と収束（すなわち違反行為の着手と解除）の時点で受入国が投資母国に通報することが望ましいとしているが、その実現可能性には懐疑的な見解を示す。たしかに通報制度は一般国際法上の例外には馴染まない制度であろうが、他方で制度化された場合は機能し得ることは、WTO の輸入救済措置に関する経験が実証している。

れ（ダンピング防止協定 3.1 条）、「事実及び法令に係るすべての関連する問題に関して得られた認定 ... 及び理由を示した結論（findings and reasoned conclusions reached on all pertinent issues of fact and law）」（セーフガード協定第 3 条第 1 項）の提示を要求される。上記に提案したとおりこの認定は通報義務の対象となり、後述 6.3.7 の審査基準とも関連するが、紛争が生じた場合、この受入国の認定が合理的に事実ないしは証拠に支えられるか否かが、仲裁廷により審査されることになろう。こうした損害の客観的説明要件については、既に WTO における多くの輸入救済法関連の事案において違反が認定され、適正な輸入救済措置の発動を担保する上で重要な役割を果たした実績がある。投資協定の経済的セーフガードにも類似の義務を盛り込むことにより、同様の機能が期待できよう。

6.3.5 違法行為と政策目的の関係性

草案第 25 条は違法行為が「不可欠の利益」の保護の手段として「唯一の方法」でなければならないと規定しているが、CMS 判決ほかが述べるように経済的困難には多様な政策的対応の可能性が認められることから、当該要件の充足は実質的に不可能となることは 5.2.5 で触れた。したがって、セーフガードとして一定の実効性を持たせるためには、経済危機対応の政策目的と手段の関係性（nexus）を規定する要件として、厳格な唯一性基準に代わるテストを導入する必要がある。

目的と措置の関係の緊密性は、関係を規律する文言に依存し、幅広い選択の余地がある³¹²。既存の投資協定を参照すると、例えば日韓協定第 5 条第 7 項や同第 17 条はある状況において例外措置を取ることができるのみ定め、特に政策目標と手段の関連性を明示していない。他方、本稿で検討した米亜条約第 11 条、MAI 草案第 VI 章「一時的緊急措置」パラ 2(b)、それに日韓協定第 16 条(a)、(c)、(d)などにおいては、必要性要件が採用されている。6.3.3 で論じたように、全ての例外的状況を特定し、それぞれ対応する義務を限定的に停止できることが濫用防止には望ましいが、それが不可能であれば、日韓協定第 5 条第 7 項に代表されるように、経済的困難においていかなる義務からも逸脱できると一般的に規定するよりほかない。このとき、経済的困難への対応に「必要な措置」を取ることができると規定し、個別事例で問題となる経済的困難の対応に必要な措置、ひいてはその措置を取るために不可避な義務違反をその都度限定することで、濫用に一定の規律を及ぼすことができる。本節では、特に LG&E 事件において米亜条約第 11 条の適用の文脈で必要性要件が問題になったところでもあり、

³¹² Cf. *U.S.—Gasoline* Appellate Body Report, *supra* note 249, WTO D.S.R. (1996: D), at 16-17.

その点に関する検討を兼ねて、同様の要件を規定したセーフガードを想定して議論を進める。

しかしながら、必要性要件には、例えば ICJ ニカラグア、石油プラットフォーム両判決が示した目的適合性の基準から、緩やかなものでは欧州人権裁判所が採用する利益基準まで幅広い解釈が提起されている³¹³。これらの解釈基準のうち、GATT 第 20 条 (b)等における最小阻害性テストが既にコンチネンタル判決で米亜条約第 11 条に導入されたことは 4.6 に紹介した。受入国の政策的裁量と濫用防止のバランス、および仲裁廷の政治的負担の観点から、安全保障条項の必要性要件解釈への最小阻害性テストの導入は妥当なものと言え、既にコンチネンタル判決以前から同様の提案がなされていた³¹⁴。

この最小阻害性テストは、GATT1947 時代には時に手段の唯一性を意味するかのごとく理解されてきたが、本来の意味はより協定整合的な代替措置が合理的に利用可能であるか否かを意味する³¹⁵。4.6 に述べた代替手段の合理的利用可能性基準を導入した結果、現在では問題の措置と代替手段は政策目的の達成の実効性において同等でなければならず、それを達成できない代替手段は「合理的に利用可能」とはならない。よって、当事国は政策目標の達成水準を自律的に決定する絶対的な自由を保障され、他方で仲裁廷は、問題の措置と、例えばそれより政策目標の達成度で多少劣るが条約上の義務違反の程度が著しく低い代替措置との衡量から解放される。更に、代替措置はあくまで「合理的に利用可能」であるものに限定されるから、金銭的・技術的に受入国の能力に鑑みて実施に堪えない手段は排除され、ILC 注釈第 25 条(17)の原則に一定の制約が加えられる。この点はコンチネンタル判決でも触れられているが、国際義務遵守と国民への責任の適正なバランスを維持していれば国際義務遵守に伴う全ての犠牲を国民に課すのは妥当でなく、また、合理性・比例性基準からもかかる犠牲は要求されない³¹⁶。その一方で、仲裁廷は受入国が設定した政策目標の達成水準に干渉することなく、その達成に過度に投資活動を制約し投資財産の不要な価値の減失を招く措置のみを排することができる。

なお、個別紛争における GATT 第 20 条の適用においては、際限のない無の証明を被申立国に課すことを防ぐために、代替手段の選択肢の提示は申立国側の責任となって

³¹³ Burke-White & von Staten, *supra* note 8, at 342-48.

³¹⁴ Kolo & Wälde, *supra* note 264, at 223-24.

³¹⁵ Report of the Panel, *United States—Section 337 of the Tariff Act of 1930*, ¶ 5.26, L/6439 (Nov. 7, 1989), GATT B.I.S.D. (36th Supp.) at 345 (1989).

³¹⁶ Continental ¶ 227.

いる³¹⁷。しかし 5.2.5 で論じた LG&E 判決における必要性要件に関する立証責任の転換について述べたように、特に代替的政策の評価に関して私人たる申立人の立証能力に限界があるところ、代替手段の有効性の証明ばかりか、選択肢の提示を求めることも結果として著しく不公平な負担を強いる場合が考えられる。その場合、例えば日韓協定第 5 条第 7 項のようなセーフガード発動時の当事国間事前協議を前提にすれば、6.3.4 の検討すべき要因・指標と同様に、そこで投資母国が代替措置を提起しておくことにより、ある程度投資家の負担は軽減できよう。

また、コンチネンタル判決は必要性要件に寄与要件を読み込む解釈を示した。この解釈によれば、正当とは言えない政府の政策行動の結果、危機的状況が生じる場合、かかる危機への対応は必要と認められない³¹⁸。しかし、最小阻害性テストの文脈では、所与の危難に対して対応策の実効性（保護水準）を設定し、これを達成できる措置が投資家の権利および条約上の義務を極力阻害しないことが求められる。その意味においては、最小阻害性テストにおいて危難は所与として受け入れられ、その文脈では寄与テストは異質である。その原因のいかんにかかわらず現に危機的状況は発生しており、これに対する何らかの対応が認められることに経済的セーフガードの必要性があるとすれば、必要性要件に寄与要件を読み込み、セーフガード発動のハードルを上げることは妥当ではない場合が考えられる³¹⁹。

しかしながら、例えば例外規定の必要性要件が経済危機への政策的対応について受入国に一定の「評価の余地」を与える場合、受入国の政策が危難をもたらすことに一定の予見可能性があるとすれば、仲裁においてこれを同国の不利に斟酌することは投資家の権利と受入国の規制主権の妥当な衡量である³²⁰。危機の原因がもっぱら外生的ではなく、受入国の失政も危機発生に寄与するとすれば、その責めをもっぱら投資家に負わせることは、投資条約の制度目的に鑑みて妥当ではない。この場合は、必要性

³¹⁷ *U.S.—Gambling and Betting* Appellate Body Report, *supra* note 101, ¶ 311.

³¹⁸ *Continental* ¶ 255.

³¹⁹ 例えば GATT 第 19 条の場合は、「予見されなかった事情の発展」により輸入増加が発生し、重大な損害に帰結していることが要求されている。よって、通商におけるセーフガードにおいては、危機的事態の招致が予見可能であれば、セーフガードそれ自体の発動が認められない。このかぎりでは、通商法におけるセーフガードは、危機の予見可能性および輸入国の政策行動の帰結たる危機に対して、草案第 25 条に比べて厳格な態度を取ると言える。他方、WTO 協定のセーフガードは特定産業の保護に機能が限定されており、投資セーフガードのように国民経済のマクロ的な悪化については念頭に置いていない。この点はより踏み込んだ政策論を要するが、仮に投資セーフガードのほうが保護すべき援用国、つまり受入国の利益が重大であれば、受入国がセーフガード措置発動にあたり投資家の利益に十分に配慮するかぎりにおいて、仲裁における寄与および予見可能性に関する不利益な斟酌は、受入国の措置発動の裁量を過度に制約するものであってはならないとも考えられる。例えば、この点は GATT 第 12 条および同第 18 条（国際収支擁護）がマクロ経済全般への影響を勘案した条項といえるが、これらには予見可能性要件は含まれていない。

³²⁰ *Kolo & Wälde*, *supra* note 264, at 219-20.

要件の適用においてセーフガード措置の発動そのもののハードルを上げることに代わり、6.3.6で後述するように賠償において一定の過失相殺として減免の幅を小さく取ることによって調整するのも一案であろう。

他方、必要性要件の文脈において論じられる比例性（proportionality）を緊急避難の唯一性基準に代わって導入することが提案されるが³²¹、これを投資協定における経済的セーフガードに適用することは困難であろう。比例性テストの導入は、政策目標の達成水準（あるいは保護の水準）と、手段としての違法行為から生ずる何らかコストの衡量を常に仲裁廷に委ねることを意味し、この衡量のいかんによっては、仲裁廷が政策目標の達成水準の調整を余儀なくされる。例えば国内金融規制と GATS による金融サービス貿易自由化のバランスについても、こうした主権的な政策判断に属する利益衡量を国際司法機関の審査に委ねることは実効性・正当性の懸念を生じさせるが³²²、同様の議論は経済的困難に対する対応と投資保護・自由化例外についても該当する。この点は、政策目標の達成水準の決定に自律性を認める最小阻害性テストとは全く異なる。

他の国際経済紛争解決機関の慣行を見ると、比例性テストの導入は回避されている。例えば WTO パネル・上級委員会は、上記のとおり GATT 第 20 条の必要性要件の解釈に最小阻害性テストを採用し、代替手段と協定違反措置との費用・便益のバランスを評価することを回避している³²³。同様に ECJ も、公德、消費者保護、公衆衛生など欧州共同体の権限が及ばない非貿易的規制主権と物品の域内自由移動原則との衡量においては、構成国が設定する保護水準は謙抑的にこれを尊重する³²⁴。これらはいずれも非経済的関心事項を前提としている点で経済的セーフガードとは異なるが、アドホックな紛争処理機関である投資仲裁廷の権威の脆弱性に鑑みれば、経済的困難に対応する政策の目標水準に関する主権的判断に立ち入ることは仲裁廷に重い政治的負担となりうる。したがって、仲裁廷も同様の謙抑的姿勢を示すことが、投資仲裁制度の持続可能性の観点からも望ましい。

6.3.6 賠償義務の有無

2 および 5.2.9 で述べたように、第 25 条を含む草案第 1 部第 5 章のタイトルは違法性阻却事由（circumstances precluding wrongfulness）でありながら、その一方で賠

³²¹ Reinisch, *supra* note 30, at 209.

³²² PANOURGIAS, *supra* note 301, at 67-70.

³²³ Donald H. Regan, *The Meaning of "Necessary" in GATT Article XX and GATS Article XIV: The Myth of Cost-Benefit Balancing*, 6 WORLD TRADE REV. 347 (2007).

³²⁴ Jan H. Jans, *Proportionality Revisited*, 20 LEGAL ISSUES ECON. INTEGRATION 239, 248-52 (2000).

償（正確には損失補填）義務は残存する。この点を例えば不法行為法のアナロジーで考えた場合、一般国際法上の緊急避難の意義は評価しがたい。すなわち、日本民法第720条第2項のような緊急避難条項は、緊急避難により不法行為責任が阻却されると、賠償義務が発生しない点にその意義がある。一般国際法における緊急避難の意義も同様に考えられるとすれば、たとえ違法性は阻却されとしても賠償義務が残ればそれは象徴的な意味しか持たず、そのような例外条項には意義を見いだしがたいと考えられる³²⁵。

他方、ILC 注釈第27条(3)は、一律的な賠償義務からの免除が被害国への安直なコストの転嫁を伴う例外の濫用につながることを懸念する。実際、WTOにおけるセーフガードの経験から、代償・譲許停止のモラトリアム（セーフガード協定第8条第3項）は、紛争解決手続の迅速性に限界があることと相まって、2002年の米国・鉄鋼製品の例³²⁶に見られるような保護主義的なセーフガードの発動を生んだ³²⁷。こうした代償・譲許停止の制限に伴うセーフガードの濫用については、既に90年代初頭、現行のWTOセーフガード協定の起草中にサイクスが懸念を示したが³²⁸、果たして現実のものとなった。このサイクスの慧眼は、本稿の文脈でも示唆に富む。

このように、経済的セーフガードに伴う賠償には賛否両論があり得るが、濫用防止も含め、複数の理由により本節では賠償の導入は妥当と結論付ける。まず、もっぱら受入国の国内経済事情を理由に投資財産・収益の滅失を無条件かつ一方的に投資家に負わせることは、特に国家に比べて経済的規模が小さい私的主体には相対的に過大な負担となることに鑑みて、衡平を欠く。また、B&G判決が強調するように、一方で緊急時における投資保護は投資協定の重要な機能である。6.3.2に述べたように、投資協定は投資自由化・保護の保障によるより多くの外資誘致と経済的規制主権の制約のトレードオフである。賠償の文脈においてもこの点を考慮すれば、もっぱら経済的事由によってこのバランスを受入国が一方的に無効化する自由を認めることは、投資協定の基本的な性格に適合しない。この点は、6.3.2に論じた立証責任配分と同じように、純然たる安全保障や環境保護のような非経済的な例外とは異なる。すなわち、後者の例外は、経済条約の締結に伴ってその義務による制約を約束しなかった当事国の規制

³²⁵ Bjorklund, *supra* note 18, at 516 (“Full reparation would tend to make even a successful assertion of a necessity defense appear to be a hollow victory. ...”).

³²⁶ Memorandum of March 5, 2002: Action Under Section 203 of the Trade Act of 1974 Concerning Certain Steel Products, 67 Fed. Reg. 10, 593 (Mar. 7, 2002); Steel, USITC Pub. 3479, Inv. No. TA-201-73 (Dec. 2001).

³²⁷ 相樂希美「ブッシュ大統領のセーフガード措置発動の決断から何を学ぶか」〔独〕経済産業研究所、『今週のコラム』三四号、2002年3月12日）、http://www.rieti.go.jp/jp/columns/a01_0034.html。

³²⁸ Sykes, *supra* note 280, at 295-98.

主権にかかわるものである。このことは、経済的セーフガードである GATT 第 19 条については、同第 3 項およびセーフガード協定第 8 条が補償・譲許停止を規定するのに対して、GATT 第 20 条や同第 21 条の例外は同様の代償制度を伴わないことから明らかである。

更に、投資条約違反に伴う受入国のコストが単なる賠償額だけでなく、カントリーリスクに代表される将来にわたる評判コストを伴うため、投資家対国家の関係においては、単純な効率的契約不履行 (efficient breach) が成立しにくいことが指摘される³²⁹。賠償の有無にかかわらず、まずセーフガードの援用によって違反行為が妥当なものとして認められれば、一定期間の条約義務の履行停止については非難可能性を払拭でき³³⁰、評判コストを軽減できる³³¹。更に、全額でなくとも、事後に一定の賠償が支払われれば、いっそう評判コストへの影響は小さくなる。本節冒頭に紹介した賠償の有無のみに例外条項の意義を限定する見解では、この点の理解が欠落している。

賠償を前提として、次にその制度設計が問題になるが、草案第 25 条の文脈において、賠償を伴うと解釈される緊急避難の意義は賠償減免およびその支払い猶予に集約される³³²。この点は、経済的セーフガードの制度設計についても該当する。

まず賠償減免については、緊急避難（ないしは抗弁が成立しない場合でも、危機的状況の存在それ自体）を減免事由と解する説示を既に 5.2.9 に説明したが、これら先例の議論は具体的な減免のあり方を明らかにしていない。現在の投資仲裁における違反行為に対する賠償については、収用かそれ以外の協定義務違反かにかかわらず、割引現在価値 (Discounted Cash Flow—DCF) に基づく公正市場価格 (Fair Market Value—FMV) によって賠償額が算定される方式、すなわちホルジョウ・フォーミュラ (Chorzow Formula) が確立されている。他方、部分的な投資財産の滅失については、違反行為と投資家に発生する損害の因果関係が問われる³³³。例外による減免は、この基準をベースにしつつ、追加的な考慮要因を検討することになる。すなわち、まず、

³²⁹ Fabrizio Marrella & Irmgard Marboe, “Efficient Breach” and Economic Analysis of *International Investment Law* 12-13, 4 TRANSNAT’L DISPUTE MGMT., Oct., 2007.

³³⁰ 本章においては、行為の違法性は阻却されないが、その帰結を負うことから特殊事情に鑑みて許される「免責」を想定して議論を進めている。他方で、形式的な協定違反を事後的にそもそも条約義務を排除して正当化する種類の例外を想定すれば、行為の違法性は完全に阻却される。この場合は受入国の違反行為実施の評判コストはいっそう下がることになる。なお、後者の場合、本稿の提案に沿えば、違法ではない行為を行なったにもかかわらず、なお受入国・投資家間の経済的困難に伴うコストの配分が今度は補償として残ることになる。その場合、この点は収用と同様の制度設計になる。

³³¹ Bjorklund, *supra* note 18, at 516.

³³² *Id.* at 515-16.

³³³ 投資仲裁における賠償算定の法理については、玉田大「投資協定仲裁における補償賠償判断の類型—収用事例と非収用事例の再類型化の試み—」(〔独〕経済産業研究所、RIETI Discussion Paper Series 08-J-013、2008) が包括的な考察を試みている。

セーフガード措置による滅失にもかかわらず当該投資財産が今後なお将来の事業継続に堪え得るならば、因果関係分析によって操業停止に伴う一次的な損失に限定して算出する。逆に事業継続不能であれば、ホルジョウ・フォーミュラによってサンクコストをカバーする額を算定する。これらを基礎として、国民経済の疲弊、政府の支払い能力等に鑑みて、一定の減免を行うことになる。また、投資保険でカバーされる損害の範囲も考慮に入れる必要がある。逆に、危機に受入国の寄与や合理的な予見可能性および危機回避の懈怠があれば、過失相殺のようにその寄与部分については減免を認めないとの考え方もあり得る。

これらの調整要因は、もうひとつの例外の利点、つまり支払いの時間的猶予の際にも考慮される。すなわち、経済的危機収拾の状況や受入国の経済的体力の回復を考慮しつつ、支払いの繰り延べを許すことになる。また、支払い繰り延べは利子の発生を意味するが、その減免も救済のオプションになり得る。

賠償の減免や猶予の基準として、問題の違反行為が受入国内企業・投資家に対していかなる損害を与え、それに対してどのような救済が与えられているかは、ひとつの基準となり得る。例えば米亜条約第4条第3項および英亜協定第4条は、緊急事態による損失に対する救済について最恵国待遇・内国民待遇を保障することを規律しているが、かかる条項は経済的セーフガードにおける賠償においても一定の文脈となりうる。ただし、本稿で取り上げたアルゼンチンの一件では、同国民は一連の経済危機に伴う政府措置について法的手段に訴える方途を閉ざされ、外国投資家にのみが投資協定により法的救済を求めることができた³³⁴。このような場合、内国民待遇を基準にすることは、かえって投資家の賠償の可能性を大幅に抑制する結果になる。

6.3.7 仲裁廷の審査基準

この問題に明示的に触れなかったコンチネンタル判決を除いて、米亜条約に関する4件の判決は少なくとも外形の上では単なる誠実性審査を拒否するとともに、要件充足の実体的審理を行うと説示した。これらの判決においては審査基準のあり方は例外条項の自己判断性に依存すると考えられているが、仮に自己判断的文言を採用しても、石油プラットフォーム ICJ 本案判決のように、かかる文言が必ずしも審査を制約すると仲裁廷が理解するとは限らない³³⁵。更に、少なくとも経済的セーフガードに関して

³³⁴ Bruke-White, *supra* note 120, at 4.

³³⁵ Oil Platforms (Merit), *supra* note 154, at 179-83. ICJ は、米・イラン 1955 年条約第 20 条第 1 項(d)の解釈にあたり、本件では米国はイランの複数の石油プラットフォームに対する攻撃を自衛権の行使と捉えており、一般国際法上の武力行使の問題に本件が重要な示唆を与えることを指摘する。このため ICJ は、米・イラン 1955 年条約第 20 条第 1 項(d)は、条約法条約第 31 条第 3 項(c)によって、

は、純然たる安全保障上の問題と異なり、国家の高度に主権的な政治判断に関わるなど誠実性審査を導入する理由を欠いている。以上のことから、GATT 第 19 条型か第 20 条型かを問わず、経済的セーフガードの要件適合性には仲裁廷による実質的審査を認めることが妥当であろう。

「実質的審査」の内実については、WTO の先例に手がかりがある。前述のとおり上級委員会はパネルの役割を「当局の行為を審査する者」と規定していたが³³⁶、これは基本的には事実や証拠が当局の判断を合理的に支持するものであるか否かを検討することにほかならない。この役割につきより詳しく説明した米国・ラム肉セーフガード事件上級委員会によれば、国家当局の政策判断に関するパネルによる検討の実体的 (substantive) 側面とは、当局の判断を深く (in depth)、批判的に検討する (critically examine) ものであり、事実について説得力のある代替的説明がある場合、当局の説明は理由ある適切な説明たり得ない³³⁷。更にこれを踏襲した米国・カナダ産軟材相殺関税事件履行確認手続上級委員会は、やはりパネルの審査は批判的かつ綿密な (critical and searching) なものであるとし、複数の事実の解釈・説明が可能であり、当局の説明に一応の合理性があったとしても代替的説明の方が説得力において勝る場合、前者は退けられるべきであると説示する³³⁸。同様の基準は投資協定の経済的セーフガードについても適用可能であり、5.3.4 の議論から明らかなように、LG&E 判決以外の 3 件において示された仲裁廷の審査基準は既にこの WTO パネルの基準に近似していることが分かる。

ただし、投資仲裁廷は、例外条項の解釈・適用が純然たる投資問題を離れてより主権的判断にかかわる政策問題に関与する場合、紛争当事国から自らが乖離した存在で

国連憲章および武力行使に関する一般国際法に照らして解釈されなくてはならないとした。この点を踏まえ、ICJ は、米・イラン 1955 年条約第 20 条第 1 項(d)により「条約当事国は自身が『必要』と考える措置を正当化できる (a party to the Treaty may be justified in taking certain measures which it considers to be “necessary”)」が、かかる必要性の判断は「純然たる当該当事国による主観的な判断の問題 (purely a question for the subjective judgment of the party)」ではなく、本件では自衛行為としての合法性の問題にも関わるので、一般国際法の基準に照らして裁判所の審査に服すると説示した。この説示に従えば、安全保障条項の自己判断的性質は、その背後にある一般国際法の性質にも左右されることになり、自己判断的な文言が必ずしも審査基準のあり方を規定する決定的要因とならないことを示す。以上、「対外投資の法的保護の在り方」研究会（〔独〕経済産業研究所、2007.11.24）における濱本正太郎氏（神戸大学）による筆者報告へのコメントに基づく。

³³⁶ 前掲注(259)および本文対応部分参照。

³³⁷ Appellate Body Report, *United States—Safeguard Measures on Imports of Fresh, Chilled or Frozen Lamb Meat from New Zealand and Australia*, ¶¶ 103-106, 147-149, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R (May 1, 2001).

³³⁸ Appellate Body Report, *United States—Investigation of the International Trade Commission in Softwood Lumber from Canada—Recourse to Article 21.5 of the DSU by Canada*, ¶ 93, WT/DS277/AB/RW (April 13, 2006).

あり、事後的にこれを審査する権能が限られていることに留意しなければならない³³⁹。したがって、個別産業セクターレベルの損害を扱う輸入救済法発動の判断に比して、本件のような大規模な経済危機への対応はより複合的かつ高度に政治的な判断であるところ、直感的には上記に論じた緊急避難に関する仲裁廷の審査もより謙抑的であることが求められる局面であろう。コンチネンタル判決が強調するように、重大な危機時は妥当な判断をできるタイミングではないことは、特に第三者たる仲裁廷が後知恵 (disadvantage of hindsight) で評価する際に、十分に認識されなくてはならない³⁴⁰。

7. 結びに代えて

上記に概観したように、2001年のアルゼンチン経済危機以後の一連の投資仲裁判断の矛盾と錯綜は、その一端では関連協定のセーフガードが不十分であることの弊害であり、国際投資法、とりわけ例外の法制度化が黎明期にあるがゆえの混乱と言える。サラキュース (Jeswald W. Salacuse) は、戦後の投資協定がポストコロニアルの国有化・再交渉の時代を経て十分な投資家保護の機能を発揮できなかった経験を踏まえ、昨今の投資保護の条約化 (treatification) の意義を、可能なかぎり「完全で ... 明確かつ具体的な ... 争いのない、かつ ... 実施可能な (complete ... clear and specific ... uncontestable, and ... enforceable)」条約の策定に見出す³⁴¹。サラキュースの指摘をアルゼンチン危機に照らして理解するとき、投資保護の条約化において経済的セーフガードの立法が必要であることは自明であろう。

確かにセーフガードは一協定のなかで微視的に評価すれば投資保護の後退に映る。しかしながら、適切なセーフガードの存在は、単に受入国の経済的困難に対応する政策的裁量の確保だけでなく、投資家にも危機時における権利保障の範囲を明確にし、自己の負うリスクの的確な把握を可能ならしめる。通商法におけるセーフガードの機能および今次のアルゼンチン事件の経験に鑑み、国際投資法および投資家対国家の紛争解決制度の正当性確保および持続可能性の中長期的視点から、経済的セーフガードの意義を再考する必要がある。

かかる問題意識に鑑み、本稿 6 にも経済的セーフガードのモデルを提案したが、これはあくまで国際通商法を専門とする筆者独自の見地から、WTO 法の経験を応用して投資セーフガードのあり方を示した一案である。むろん、このほかにも多様なセーフ

³³⁹ Burke-White & von Staden, *supra* note 8, at 372-73.

³⁴⁰ Continental ¶ 181.

³⁴¹ Salacuse, *supra* note 281, at 156.

ガードのパターンが想起でき、ひとつのモデルに収束を見ることは困難であろう。それでもなお、国際投資法の歴史において正に未曾有の経験であるアルゼンチンの事態を契機として、いっそう安定的な投資協定のあり方につき、セーフガードの視点から政策的議論を継続する必要があることは争いのないところであろう。そしてこの問題関心は、昨今のサブプライム問題に端を発する米国初の世界的な金融危機が多く海外投資を減失に至らしめている事実を今一度思い起こせば、より喫緊かつ重要な政策的関心に昇華することが期待される。

(2009.1.5)

関連条文

○ 2001 年国家責任条文草案第 25 条（緊急避難）*

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) 国は、次の場合を除き、国際義務と合致しない国の行為の違法性を阻却する根拠として、緊急避難を援用することはできない。

(a) その行為が、重大かつ急迫の危険に対して不可欠の利益を守るために当該国にとっての唯一の方法であり、かつ、

(b) その行為が、義務の相手国または国際社会全体の不可欠の利益に対する重大な侵害とならない場合

2 いかなる場合にも、国は、次の場合、違法性を阻却する根拠として緊急避難を援用することができない。

(a) 当該の国際義務が緊急避難を援用する可能性を排除する場合、または、

(b) その国が緊急の事態に寄与する場合)

○ 同第 27 条（違法性阻却事由を援用する効果）

The invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this chapter is without prejudice to:

(a) Compliance with the obligation in question, if and to the extent that the circumstance precluding wrongfulness no longer exists;

* 国家責任条文草案邦訳は『解説条約集（2008 年版）』122 頁（広部和也・杉原高嶺編集代表、2008）より抜粋。

(b) The question of compensation for any material loss caused by the act in question.

(本章に基づく違法性阻却事由の援用は、次のことを害するものではない。

(a) 違法性阻却事由が、もはや存在しない場合、その限度で当該の義務を遵守すること。

(b) 当該行為により生ずる物的損失に対する金銭賠償の問題)

○ 米亜投資条約第 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.

○ 日韓投資協定第 5 条 (抄)

1 第二条、第八条 3 又は第九条の規定にかかわらず、各締約国は、この協定の効力発生の日に存在する例外措置を、附属書Ⅱに特定する分野又は事項について維持することができる。

2 各締約国は、この協定の効力発生の日に、附属書Ⅱに特定する分野又は事項について、その時点において存在するすべての例外措置を他方の締約国に通報する。この規定による通報には、それぞれの例外措置についての要素であって次に掲げるものに関する情報が含まれる。

- (a) 関係の分野及び小分野又は事項
- (b) 当該例外措置に関係する義務又は条項
- (c) 当該例外措置をとる法的根拠又は権限
- (d) 当該例外措置の簡潔な説明
- (e) 当該例外措置をとる理由又は目的

[...]

7 4 の規定にかかわらず、各締約国は、資金上、経済上又は産業上の例外的状況においては、附属書Ⅱに特定する分野又は事項についていかなる例外措置も採用することができる。ただし、当該締約国が、当該例外措置の実施の前に次のことを行うことを条件とする。

- (a) 当該例外措置について 2 に規定する要素を他方の締約国に通報すること。
- (b) 他方の締約国による要請に応じ、当該例外措置の詳細を当該他方の締約国に提供

すること。

(c) 他方の締約国が書面により意見を述べるための合理的な時間を与えること。

(d) 他方の締約国による要請に応じ、相互の満足を確保することを目的として当該他方の締約国との間で誠実に協議を行うこと。

(e) (c) の規定により述べられた意見又は (d) の規定により行われた協議の結果を考慮して、適当な行動をとること。